

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

EDSON PAROL DA SILVA

**O DIREITO DE EXPOSIÇÃO DA IMAGEM DE PESSOA
FOTOGRAFADA EM LOCAL PÚBLICO SOB A PERSPECTIVA DO
DIREITO À PRIVACIDADE E DO DIREITO DE LIBERDADE DE
EXPRESSÃO: UM ESTUDO DO PROCESSO NA AÇÃO INIBITÓRIA
INTERPOSTA POR DANIELA CICARELLI CONTRA A EMPRESA
YOUTUBE.**

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

EDSON PAROL DA SILVA

**O DIREITO DE EXPOSIÇÃO DA IMAGEM DE PESSOA
FOTOGRAFADA EM LOCAL PÚBLICO SOB A PERSPECTIVA DO
DIREITO À PRIVACIDADE E DO DIREITO DE LIBERDADE DE
EXPRESSÃO: UM ESTUDO DO PROCESSO NA AÇÃO INIBITÓRIA
INTERPOSTA POR DANIELA CICARELLI CONTRA A EMPRESA
YOUTUBE.**

Monografia de Conclusão de Curso,
apresentada para obtenção do grau de
Bacharel no curso de Direito da Universidade
do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

Orientadora: Prof^a. MSc. Geralda Magella de
Faria

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

EDSON PAROL DA SILVA

**O DIREITO DE EXPOSIÇÃO DA IMAGEM DE PESSOA
FOTOGRAFADA EM LOCAL PÚBLICO SOB A PERSPECTIVA DO
DIREITO À PRIVACIDADE E DO DIREITO DE LIBERDADE DE
EXPRESSÃO: UM ESTUDO DO PROCESSO NA AÇÃO INIBITÓRIA
INTERPOSTA POR DANIELA CICARELLI CONTRA A EMPRESA
YOUTUBE.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela
Banca Examinadora para obtenção do Grau de
Bacharel no Curso de Direito da Universidade
do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com
Linha de Pesquisa em Direito Constitucional

Criciúma, 21 de junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) MSc. Geralda Magella de Faria - Orientadora

Prof. MSc. Sheila Martignago Saleh

Prof. Elton Luis Tibes da Silva

Dedico este trabalho à minha Mãe.

AGRADECIMENTO

Agradeço à minha família, aos amigos, aos colegas de trabalho e de faculdade, pelo suporte, apoio, pelo incentivo, e por me proporcionar momentos de descontração e construção constante de novas idéias.

**“Dá-me a liberdade para saber, para expressar e
discutir livremente de acordo com a consciência,
acima de todas as liberdades”.**

John Milton

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo estudar o direito de exposição, pelos veículos midiáticos, da imagem de pessoa fotografada em local público, em que, por meio da contraposição de direitos fundamentais, tais como o direito à própria imagem, honra e dignidade; e os princípios constitucionais do direito à liberdade de expressão, informação, e seus respectivos correlatos, se propõem esclarecer a aplicabilidade da tutela inibitória frente à situação de exposição (in)devida de determinada pessoa.

Em abordagem preliminar, por meio do método dedutivo analítico, concluindo-se de acordo com as lições doutrinárias melhores consideradas, são abordados os direitos naturalmente inerentes ao homem, entendendo-se como aqueles que tornam possível a vida humana em sociedade, com a manutenção da ordem. É objeto de análise, ainda no primeiro capítulo, os princípios constitucionais informadores do caso em estudo, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, da privacidade, da intimidade, da proporcionalidade, e ainda, o postulado da ponderação de princípios.

Num segundo momento, tem destaque a tutela inibitória no prisma do direito à imagem e da liberdade de expressão, onde se pode verificar que dentro desta matéria, muitos são os fatores a serem observados, notadamente a liberdade de informação e a função social da informação.

No capítulo final, faz-se um estudo do caso envolvendo Daniella Cicarelli e Renato Malzoni Filho, em conhecidas cenas captadas em praia espanhola e divulgadas na mídia mundial pelos sujeitos passivos da ação inibitória objeto de estudo: Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e YouTube Inc., para ao final analisar as decisões jurisprudenciais pertinentes. A conclusão limitou-se a considerar sob o viés da tutela inibitória, o que pode se tornar relativamente menos complexo do que uma responsabilização numa demanda ressarcitória, tendo em vista que nesta os fatores a serem considerados não são os mesmos aludidos naquela.

Palavras-chave: Exposição. Imagem. Liberdade. Privacidade. Inibitória.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

FAPESP – Fundação de Amparo à pesquisa do Estado de São Paulo

GPS – Global Positioning System

HTML – Hyper Text Markup Language

IBM – International Business Machine

IBOPE – Instituto Brasileiro de opinião Pública e Estatística

IP – Internet Protocol

ONU – Organizações das Nações Unidas

RNP – Rede Nacional de Pesquisa

URL – Uniform Resource Locator

WWW – World Wide Web

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2. TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....	9
2.1 - Concepções, fundamentos e características sustentadoras dos Princípios Constitucionais.....	9
2.2 - Dos Princípios Constitucionais.....	11
2.2.1 - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	12
2.2.2 - Princípio Constitucional da Privacidade	14
2.2.3 - Princípio Constitucional da Intimidade	15
2.2.4 - Princípio da Proporcionalidade.....	17
2.3 – Ponderação dos Princípios	19
3. A AÇÃO INIBITÓRIA E O DIREITO A IMAGEM	22
3.1 Direito à Imagem.....	22
3.1.1 Contextualização histórica	24
3.2 Contextualização histórica da imprensa	25
3.2.1 Contextualização histórica do direito à liberdade de expressão	27
3.3 A Ação Inibitória	30
4. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A AÇÃO INIBITÓRIA INTERPOSTA POR DANIELA CICARELLI.....	33
4.1 Exposição (in)devida da imagem na rede mundial de computadores	33
4.1.1 O caso Cicarelli como exposição (in)devida de imagem na rede mundial de computadores.....	35
4.1.2 O agravo número 472.738-4 da 4º Câmara de Direito Privado do TJSP ...	37
4.2 Responsabilidade do publicador	40
4.3 Análise Jurisprudencial	44
4.3.1 Recurso Especial nº. 595.600 – SC (2003/0177033-2)	44
4.3.2 Agravo de Instrumento nº. 491.953-4/0	46
5. CONCLUSÕES	51
REFERÊNCIAS	54
ANEXOS	57

1 INTRODUÇÃO

Na busca pelo tema que seria objeto de estudo do trabalho monográfico se pode várias doutrinas que abordam, de alguma forma, o direito de imagem, mas foi entre os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que se pode encontrar tão interessante discussão acerca do direito de imagem, assim entendidos a intimidade, privacidade e honra subjetiva. A ação inibitória interposta por Daniella Lemos Cicarelli e Renato Alfiero Malzoni Filho, em face de YouTube, Globo.com e Google do Brasil Ltda, constituiu importante campo de debate acerca dos princípios constitucionais protetores do direito à imagem, do direito à liberdade de impressão e do direito de informar.

Diante do acórdão em Agravo de Instrumento que julgou procedente a ação inibitória, estudar-se-ão sistematicamente os princípios fundamentais que podem servir ao deslinde da controvérsia instalada, o que se fará ainda no primeiro capítulo. Neste, serão observados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da privacidade, da intimidade, da proporcionalidade, bem como o postulado da ponderação de princípios.

Já num segundo momento, será estudada a aplicabilidade da ação inibitória em defesa de direitos personalíssimos, como a própria imagem, honra e dignidade humana, fazendo-se uma contextualização histórica destes direitos, da imprensa e, sobretudo, do direito à liberdade de expressão, momento em que se poderá concluir, por meio do método analítico dedutivo, de forma mais acertada sobre o cabimento e a utilidade da tutela inibitória.

Ao final, será verificada a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para a resolução de conflitos de princípios fundamentais, bem como a exposição de imagem da pessoa na rede mundial de computadores, verificando-se a legitimidade ou não da publicação. Neste ponto, será abordado o Acórdão proferido no Agravo número 472.738-4, que trata do caso Cicarelli, observando-se os pontos positivos e negativos expostos. Após, será feita uma análise jurisprudencial nos Tribunais de Justiça dos Estados de Rio de Janeiro, São Paulo, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, numa perspectiva qualitativa, para fins de contraposição e verificação de entendimentos acerca do direito de imagem, em face do direito de informar e da liberdade de expressão, por onde se poderá chegar à conclusão, com as derradeiras considerações.

2 TEORIA DOS PRINCÍPIOS

2.1 - Concepções, fundamentos e características sustentadoras dos Princípios Constitucionais

O Conjunto de normas que compõem a sistemática de direitos e deveres garantidos aos cidadãos decorre, sobretudo, de uma concepção de direitos naturalmente inerentes ao homem inserto na vida social, onde a liberdade de um encontra limites no exercício da liberdade do outro, direta ou indiretamente.

A referência aos direitos naturalmente inerentes ao homem deve ser observada do aspecto dos direitos e deveres indispensáveis ao homem inserto na vida social.

Quando se diz que a liberdade de uma pessoa encontra limite na liberdade de outro, é possível distinguir ainda duas hipóteses, quais sejam os limites direitos e indiretos. São diretas as limitações em que o exercício da liberdade de um estaria causando dano diretamente ao outro, enquanto as indiretas podem ser entendidas como aquelas limitações subjetivas, em que determinada prática, ainda que não cause danos diretos, estaria ao desamparo legal, infringindo os princípios gerais de Direito.

Pode ser observada a percepção do direito da natureza humana na obra de Hans Kelsen, onde é dito que:

A idéia de Direito Natural brilha de maneira extraordinária no pensamento de Sócrates para passar pelo cadinho do pensamento platônico e adquirir plenitude sistemática no pensamento de Aristóteles, ordenando-se segundo estruturas lógicas ajustadas ao real. Seu conceito de lei natural, como expressão da natureza das coisas, não se esfuma em fórmulas vazias, mas tem a força de uma forma lógica adequada às constantes da vida prática. Sendo expressão da natureza humana, o direito natural é igual para todos os homens, não sendo um para os civilizados atenienses e outro para os bárbaros. (2002, p. 311)

Esta abordagem foi feita primordialmente por Aristóteles, em seu livro *Política*, onde afirma que o homem é um animal político, sociável, dotado do dom da palavra, através do qual pode exprimir o útil e o nocivo, o justo e o injusto. O homem tem capacidade de discernir entre o bem e o mal, e é o mais sociável dos animais, devido, em grande parte, por seu domínio da linguagem, comunicação e razão. (Política, 2007, p. 114).

Assim, afirma-se que o direito natural serve de alicerce para a existência, ou pelo menos foi base de criação, do ordenamento jurídico atual, nas mais diversas nações, de modo que a institucionalização das normas é devida substancialmente - ao reconhecimento dos direitos inerentes a natureza humana, assim entendido todo regramento que ordena a vida do homem em sociedade.

É certo afirmar que os diversos campos de conhecimento têm base em algum fundamento principiológico, que podem ser também conceituados como enunciados admitidos em forma de condição ou base de validade, referência para outras concepções.

Os princípios gerais do direito tiveram recepção, notadamente, a partir do século XIX, e no sistema normativo brasileiro, precisamente no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, outrora denominada, é previsto que *“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”*. (Brasil, 2010 - A)

De certa forma a ordem em que foi colocada a recorribilidade do julgador em busca de solução para a ausência de previsão legal não representa algo determinativo, vez que o mesmo pode ater-se tão somente aos princípios gerais do direito, sem necessidade de utilizar-se da analogia.

O dispositivo vigente ainda pode ser interpretado, posto que os *costumes* a que se refere, consideráveis na apreciação do caso concreto, certamente terão suas bases em princípios fundamentais de cidadania.

Os princípios consideráveis referidos são observados como fonte suplementar do direito positivo, enquanto a integração do direito caracterizada pela analogia aplicável não deve ser creditada como fonte de direito, posto que apenas a lei e os costumes são.

Observando o texto legal mencionado pode se verificar que a evolução do direito pátrio vem cada vez mais permitindo ao Julgador apoiar-se em princípios, notadamente os enunciados na Constituição da República federativa do Brasil, e este novo caminho que está sendo ampliado será tema de abordagem mais aprofundada adiante.

Entende Miguel Reale que os princípios são *“enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”*. (1998, p. 306).

Segundo Uadi Lammêgo Bulos, em sua doutrina de Direito Constitucional, *“princípios fundamentais são diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, determinam-lhe o modo e a forma de ser. Refletem os valores abrigados pelo ordenamento jurídico, espelhando a ideologia do contribuinte, os postulados básicos e os fins da sociedade”*. (2008, p. 387)

Na doutrina de José Afonso da Silva é possível observar a matéria sob um prisma bastante particular, onde preconiza que:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] “núcleos de condensações” nos quais confluem *valores* e *bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, “os princípios, que começaram por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceito básico da organização constitucional. (2008 p. 92)

Partindo das considerações delineadas acima, que versam acerca da origem do direito e suas raízes informadoras, vale observar, doravante, alguns princípios fundamentais da nossa Constituição da República, precipuamente aqueles que possam contribuir na elucidação do caso que será abordado à frente.

2.2 Dos Princípios Constitucionais

O nosso ordenamento jurídico é norteado segundo valores consagrados na Constituição como fundamentos principiológicos da República, de modo que toda normatividade deve estar hierarquicamente amparada e de acordo com tais preceitos.

Na lição de José Afonso da Silva, recorrendo à doutrina de Gomes Canotilho e Vital Moreira, *“os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais. Revelam a sua importância capital no contexto da constituição e observam que os artigos que os consagram constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas”*. (2008, p. 94)

Os Princípios Constitucionais encontram-se definidos na obra de Manoel Messias Peixinho como *“concepções jusnaturalistas de idéias de justiça esparças e assistemáticas, ultrapassando, também, as limitações do positivismo, chegando ao*

neopositivismo para assumirem uma visão de normas-chave do ordenamento jurídico". (2000, p. 111)

O autor continua discorrendo sobre o tema em sua obra e afirma que "o primeiro dogma que se tem que afastar é que os princípios são unicamente normas pragmáticas. Antes, é pressuposto de uma Nova Hermenêutica afirmar que todas as normas jurídicas são, por definição, preceptivas e, portanto, os princípios constitucionais, que, não sendo outra coisa senão normas jurídicas, ainda que com algumas características especiais, são necessariamente, também, eles todos, preceptivos". (2000, p. 111)

Relevante também é observar quanto à distinção de princípios constitucionais fundamentais e princípios gerais de direito constitucional, que, na obra de José Afonso da Silva encontra-se bem sintetizado, fazendo-se necessário avocar as suas palavras:

Os primeiros integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz que explicam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional. Os princípios gerais formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional. (1989, p.84)

Neste prisma seria oportuno um estudo aprofundado de cada Princípio vigente na Constituição Pátria, contudo, entendendo-se que não se tem a intenção de fugir do plano inicial, melhor ater-se aos que possam servir de informe no fechamento desta obra, notadamente no estudo de caso derradeiro.

Doravante, imperioso abordar alguns dos princípios constitucionais que servem também ao direito civil, notadamente ao estudo do julgado que será realizado, tais como o *princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, o *Princípio da Intimidade*, da *Privacidade* e da *Liberdade*, este último em seu sentido mais amplo.

2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Como bem é lembrado na doutrina de André Ramos Tavares, em sua obra de Direito Constitucional, a Carta Política de 1988 optou por não inserir a dignidade da pessoa humana entre o extenso rol dos direitos fundamentais,

apontados no artigo 5º, mas o fez, consignando-o logo em seu artigo 1º, inciso III, em forma de fundamento da República Federativa do Brasil. (2008, p. 536)

Ingo Wolfgang Sarlet, trata da Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, onde é possível encontrar a seguinte definição:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (2001, p. 60).

Na obra de Alexandre de Moraes sobre Direito Constitucional, do mesmo modo, constam enumerados os Fundamentos da República do Brasil, e entre eles a “dignidade da pessoa humana”, que é assim definida:

Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual, a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre *sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. (2008, pp. 22-23)

Imperioso ressaltar que essa imagem de dignidade da pessoa humana que se tem na atualidade, foi *lapidada* ao longo da história, passando por diversas concepções até ganhar legitimidade no ordenamento jurídico contemporâneo. Fabio Konder Comparato leciona bem sobre a matéria, e lembra que o próprio cristianismo incorreu em discrepâncias, em se tratando do princípio em pauta, quando afirma o seguinte:

Essa igualdade universal dos filhos de Deus só avalia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus. (1999, p. 17).

Destarte, com a maturação das concepções referentes aos seres humanos e, conseqüentemente, dos princípios informadores do direito, por meio

precípua de pensadores como Kant, chegou-se a conclusão de que o homem deve ser o fim em si mesmo, e não mero instrumento servidor para se atingir outro fim:

O homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como um fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como um fim*. (2002, p. 68)

Nos termos dos conceitos e concepções expostos é possível observar que a imagem de *dignidade da pessoa humana* que se tem na atualidade é fruto de uma evolução do próprio pensamento do ser humano em relação ao próximo, uma concepção que se firmou através da história.

2.2.2 Princípio Constitucional da Privacidade

Este princípio constitucional defende o direito de privacidade das pessoas, como uma liberdade de reservar terceiros de certos fatos pessoais, dos quais a pessoa, em sua privacidade, não pretende que os ditos terceiros compartilhem daquela informação.

É possível observar uma diversidade de argumentos acerca do princípio em tela, que justificam o respeito ao direito de privacidade da pessoa, como bem leciona José Afonso da Silva:

O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros. São duas variedades de atentados ao *segredo da vida privada*, nota Kaise: a *divulgação*, ou seja, o fato de levar ao conhecimento do público, ou a pelo menos de um número indeterminado de pessoas, os eventos relevantes da vida pessoal e familiar; a *investigação*, isto é, a pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar; envolve-se aí também a proteção contra a *conservação* de documento relativo à pessoa, quando tenha sido obtido por meios ilícitos. (2008, p. 208)

O autor citado acima diz que a vida privada é condição indispensável de expansão da personalidade, e subdivide a agressão ao direito de privacidade em *divulgação* e *investigação*. Neste último, entende-se, de acordo com o autor, pela prática em que terceiros desinteressados visam tomar de conhecimento de fatos familiares ou pessoais.

Já no entendimento de Paulo José da Costa Junior, observa-se outro aspecto do fundamento do direito à privacidade:

O direito a privacidade é proclamado como resultado da sentida exigência de o indivíduo *“encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna. (2006, p. 61)*

Tércio Sampaio Ferraz defende que esse direito é *“um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integralidade moral do titular”.* (nº. 1, p.77)

Na Obra de Gilmar Ferreira Mendes, é possível observar a aplicabilidade do princípio na legislação pátria, e ainda, com a devida vinculação ao princípio da proporcionalidade, nos termos seguintes:

No Brasil, não parece necessária essa extrapolação do sentido clássico do direito à privacidade, já que a proteção do indivíduo contra interferência que se estimem indevidas por parte do Estado podem ser atalhadas com a invocação do princípio proporcionalidade, do princípio da liberdade em geral (que não tolera restrições a autonomia da vontade que não seja necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional) e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem da autonomia do indivíduo tão larga quanto o possível no quadro dos diversos valores constitucionais. (2008, p.380)

As teses doutrinárias em defesa do princípio constitucional da privacidade trazem uma percepção melhor da importância deste direito para a formação e expansão da personalidade, bem como para a manutenção do respeito às liberdades pessoais, revelando-se como imprescindível postulado normativo genérico para a manutenção da ordem jurídica.

2.2.3 Princípio Constitucional da Intimidade

A intimidade pode ser relacionada com a privacidade, em parte, sobretudo quando se dá ênfase à questão do repúdio à intromissão de terceiros na vida privada da pessoa.

Na lição de Alexandre de Mores, em Direito Constitucional, observa-se a seguinte disposição:

No âmbito familiar, os direitos à intimidade e vida privada devem ser interpretados de uma forma mais ampla, levando-se em conta as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa. Dessa forma, concluímos como Antônio Magalhães, no sentido de que “as intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois da mesma forma do que se sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a *função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões*”. (2008, p. 54)

Evidente a “*função social da vivência conjugal à margem de restrições e intromissões*”, o autor ainda apresenta outro ponto de vista, levando em conta pessoas com características próprias, e que por algum momento assumem o risco de abrir mão do direito, de forma absoluta, conforme sugere:

Por outro lado, essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de maior tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, pois os primeiros estão sujeitos a uma forma especial de fiscalização pelo povo e pela mídia, enquanto o próprio exercício da atividade profissional dos segundos exige maior e constante à mídia. Essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e, principalmente, sem qualquer nexo causal com a atividade profissional realizada. (2008, p. 55)

A parte colacionada observa, na casuística, a relativização dos princípios que regem a intimidade e privacidade da pessoa humana, em contraposição com as características pessoais de pessoas públicas, das quais a dita relativização é elementar da sua carreira profissional.

Contudo, essa relativização, há de se clarificar, não é absoluta, como nenhum direito no sistema normativo brasileiro é, e portanto deve ser observada sob o prisma da proporcionalidade e ponderação de princípios, de modo a não prejudicar os direitos da pessoa que está tendo sua imagem explorada.

De outro norte, afora as exceções e em observância a regra geral, José Afonso da Silva, apoiando-se na doutrina de René Ariel Dotti, afirma que “a *intimidade se caracteriza como a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais, o que é semelhante ao conceito de Adriano de Cupis que define a intimidade (riservatezza) como o modo de ser da pessoa que*

consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma". (2008, p. 207).

De acordo com os entendimentos doutrinários aludidos acima, denota-se a relevância social do princípio constitucional enunciado, que visa reservar do conhecimento de terceiros fatos e informações que só interessam ao respectivo titular.

2.2.4 Princípio da Proporcionalidade

A aplicação do princípio da proporcionalidade é invocada sempre que há, em suma, a colisão de preceitos fundamentais. Havendo dois ou mais princípios aplicáveis ao mesmo caso, em sentidos opostos no deslinde da controvérsia, segundo a doutrina mais autorizada, impõe-se a observação e contraposição proporcional dos princípios aplicáveis.

Neste sentido é a lição de José Joaquim Gomes Canotilho, em Direito Constitucional e Teoria da Constituição, que propõe uma equação de ponderação proporcional entre o fim buscado em os meios utilizados, ou as conseqüências resultantes.

Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as vantagens dos meios em relação às vantagens do fim. (2002, p.270)

Segundo definição dada pelo autor supracitado, devem ser sopesadas as vantagens resultantes obtidas pela prática controvertida, devendo esta ser considerada legítima quando os resultados considerados positivos forem significativamente mais úteis que os possíveis danos ocasionados.

Na mesma esteira, Bonavides, na obra que trata de Direito Constitucional, refere haver aplicabilidade proporcional sempre que for deflagrado antagonismo entre preceitos fundamentais, de modo a concluir-se da maneira menos gravosa para os sujeitos de direito:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí

solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. (2003, p.425)

Na lição acima exposta, importante salientar que nem sempre é possível alcançar uma “solução conciliatória”, haja vista que, tratando-se de direitos fundamentais, o resultado pode sobrepor determinados princípios, em razão, como acima exposto, de uma análise por resultado que adequar-se ao caso específico.

Na obra em que trata da colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, Luis Roberto Barroso expõe que ao julgador também é dada certa margem de discricionariedade, para que possa interpretar as argumentações:

Um intérprete que verifica a legitimidade de condutas alternativas, que faz valorações e escolha, não desempenha apenas uma função de conhecimento. Com maior ou menor intensidade, de acordo com o caso, ele exerce sua discricionariedade. Para que não sejam arbitrárias, suas decisões, mais do que nunca, deverão ser racionais e argumentativamente fundamentadas. (2004, p.05)

O mesmo Autor defende, entretanto, em obra mais recente, que esta discricionariedade é limitada justamente pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade, onde afirma que:

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema, em resumo sumário, o princípio da razoabilidade quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). (2008, p. 363)

Suzana de Toledo Barros, em sua obra que aborda o princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, analisa a matéria sob o prisma histórico do princípio da proporcionalidade, aduzindo que este fora o meio de confrontar e dar garantias à liberdade individual contra outros interesses:

O germe do *princípio da proporcionalidade*, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados

decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII. (2003, p. 37)

No parágrafo seguinte, a mesma autora continua sua lição acerca da formação do postulado da proporcionalidade, salientando que o contorno atual que temos é devido às reiteradas decisões que reconheceram, ainda no período pós segunda Grande Guerra Mundial, que o legislador não deve exceder-se na sua liberdade de poder de legislar. A doutrinadora trás, então, o texto nos seguintes termos:

A importância de todo o estudo do *princípio da proporcionalidade* na Alemanha deve-se ao fato que de aí ele ganhou o seu contorno atual, alçado que foi do direito administrativo ao direito constitucional por obra do *bundesverfassungsgericht*, o qual, a partir da Segunda Guerra Mundial, foi cunhado paulatinamente o princípio por meio de inúmeras decisões reconhecendo que o legislador não se deve exceder na sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais. (2003, p. 47)

Não menos importante é a lição de Daniel Sarmiento, na obra dedicada aos Direitos Fundamentais e Relações Privadas, e entende que o postulado da proporcionalidade pode ser lido como três subprincípios, de forma a viabilizar a ponderação de efeitos positivos que determinada norma alcança, e os ônus demandados por ela. Segue abaixo importante trecho da obra do autor mencionado:

Conforme doutrina mais autorizada, o princípio da proporcionalidade é passível de subdivisão em três subprincípios: (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas tenham aptidão para conduzir os resultados almejados pelo legislador; (b) da necessidade, que impõe ao legislador que, entre varios meios aptos ao atingimento de determinados fins, opte sempre pelo menos gravoso; (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que preconiza a ponderação entre os efeitos positivos da norma e os ônus que ela acarreta aos seus destinatários. (2004, p. 58)

Diante das considerações dos aspectos que envolvem o princípio da proporcionalidade, é possível observar a importância crucial exercida por ele na apreciação de conflitos entre direitos fundamentais. Em conjunto com outros princípios, ele auxilia a atividade judicial a equilibrar os direitos envolvidos, preservando-os ou limitando-os, de acordo com o caso concreto em análise.

2.3 Ponderação dos Princípios

O postulado da ponderação de princípios vem ganhando campo na tutela dos direitos pelo estado, sobretudo na co-incidência de princípios constitucionais em contraposição.

Na doutrina de Humberto Ávila tem-se que “*A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento*”. (2008, p. 94)

Na tese do autor citado acima, em sua obra, o postulado da ponderação exige uma evolução “intensamente estruturada”, podendo ser utilizada então na aplicação de postulados específicos, subdividida em duas partes, com a seguinte observação:

A primeira delas é a da preparação da ponderação (Abwägungsvorbereitung). Nessa fase devem ser analisados todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível.' [...]
A segunda etapa é a da realização da ponderação (Abwägung), em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento. (2008, p. 95-96)

O doutrinador defende a tese de que se deve, primeiramente, observar todos os argumentos, as possibilidades de conseqüências, só então partindo para a fase seguinte, onde seria realizada a ponderação propriamente dita, por meio do sopesamento das proposições pré-analisadas.

Na doutrina de Ana Paula de Barcelos, Coordenada por Barroso, é possível encontrar a estrutura da ponderação de princípios como um processo que passa por três etapas, a saber:

Em uma primeira fase, se identificam os comandos normativos ou as normas relevantes em conflito. [...] Na segunda fase cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre o elemento normativo, daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades. [...] Na terceira fase - a fase da decisão - se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre ela, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa. (2008, p. 57/58)

Outro ponto bastante relevante para este estudo é a *proibição do excesso*, também abordada por Ávila em sua obra, sobretudo em razão da sua relação inegável com o postulado da ponderação.

Segundo o autor, nenhum princípio deontológico do direito pode sofrer radical restrição em benefício de outro, e isto fica de fácil visualização nos termos postos pelo mesmo, onde salienta que:

A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Por exemplo, o poder de tributar não pode conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa. Nesse caso, a ponderação de valores indica que a aplicação de uma norma, regra ou princípio (competência estatal para instituir impostos) não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, princípio ou regra (proteção da propriedade privada). (2008, p. 97)

Assim, ante ao postulado da ponderação, há de ser considerado concomitantemente o postulado específico da *proibição do excesso*, condição precípua e estruturante da aplicação ponderada dos princípios constitucionais colidentes.

Numa descrição ilustrativa feita pelo mesmo autor citado acima, faz a seguinte afirmação:

Numa representação poderíamos imaginar um grande círculo representando os graus de intensidade da restrição de um princípio fundamental de liberdade, dentro do qual outros círculos concêntricos menores estão inseridos, até chegar ao círculo central menor cujo anel representa o núcleo inviolável. A finalidade pública poderia justificar uma restrição situada da coroa mais externa até aquela mais interna, dentro da qual é proibido adentrar. Pois bem. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito opera entre o limite da coroa mais interna e o da coroa mais externa, e compara o grau de restrição da liberdade com o grau de promoção da finalidade pública, para permitir a declaração de invalidez uma medida que causa restrição demais para promoção de menos. (2008, p. 100).

A descrição feita pelo autor, como o próprio reconhece, requer certa dose de imaginação para a sua compreensão. No exemplo dado, o círculo central menor seria o direito substancialmente concebido, de modo que não se poderia permitir o abalo deste em detrimento de outros direitos, ainda que fundamentais, mormente em razão da proibição do excesso, que visa garantir, no caso, a anulação de um direito em benefício de outro.

Destarte, o princípio constitucional da ponderação de princípios aparece na doutrina como meio processual adequado ao deslinde de casos complexos, mais difíceis que os corriqueiramente encontrados, tendo em vista sua interposição no ponto de colisão entre postulados normativos de direitos fundamentais.

3 A AÇÃO INIBITÓRIA E O DIREITO A IMAGEM

3.1 Direito à Imagem

Para adentrarmos na questão que refere este sub-capítulo, necessário se faz, a princípio, verificar-se a definição jurídica de direito a imagem, que, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, conceitua como *“os atributos externos de uma pessoa, seja ela física ou jurídica, são traços característicos que são transmitidos à sociedade. Nesse particular, engloba a imagem física do indivíduo: seu corpo, seu gestual, bem como suas expressões.”* (2009, p. 97)

Como se pode observar, o direito a imagem é consideravelmente abrangente, levando-se em conta que pode ser entendido não somente como a imagem retratada da pessoa, mas de todas as características que lhe identificam, e neste particular leciona Pedro Frederico Caldas, lembrando que:

Não quer dizer que o fulcro central do objeto jurídico não seja a representação fisionômica da pessoa, a projeção de todo o seu corpo, ou de partes dele – quando seja possível se relacionar a parte à pessoa –, podendo também compreender a sua voz, quanto igualmente a voz seja passível de exprimir a representação da pessoa. (1997, p. 28)

Da forma como defende o doutrinador citado, verifica-se que a imagem da pessoa deixa de ser apenas o retrato, a exteriorização da figura, para compreender toda forma de referencia à determinada pessoa, desde que seja possível identificá-la pelo meio empregado.

Na doutrina de Sidney Cesar Silva Guerra existem duas formas de imagem da pessoa, baseadas no texto constitucional, onde a primeira seria *“a imagem-retrato, decorrente da expressão física do indivíduo; a segunda, a imagem-atributo, como o conjunto de características apresentadas socialmente por determinado indivíduo”*. (1999, p. 56).

Há de ressaltar que a importância dada ao direito a imagem da pessoa existe em consideração da sua larga utilização em meios publicitários, e é de convir que, devido ao crescimento astronômico dos meios de difusão de informações pela rede mundial de computadores, que por aqui também se conhece pelo termo

“*internet*”, proveniente da língua inglesa, também a utilização da imagem da pessoa vem sendo utilizada nas mais diversas situações.

Cumprе consignar, como bem lembra Edilson Pereira de Farias, que o direito à própria imagem, outrossim, não se confunde com o direito à honra, conquanto seja reconhecida a grande importância histórica deste para a afirmação daquele, sendo inclusive considerado o direito à honra como um berço para o direito à imagem. (2000, p. 150)

Nesta abordagem o autor refere à independência dos postulados do direito à imagem e à honra, e define de forma bastante auto-explicativa no parágrafo adiante, onde esclarece da seguinte forma:

[...] a tese de que o direito à honra absorve o direito à imagem não pode ser ilegítima, ainda que não aporte prejuízo ao decoro ou a reputação. Por exemplo, constitui violação do direito à própria imagem, sem atingir o direito à honra, a publicação da fotografia de uma pessoa para fins comerciais sem a sua anuência, mesmo que a publicação em si mesma só pudesse vir a lisonjear-lhe a vaidade. (2000, p. 152)

Há casos, porém, em que o direito à imagem da pessoa sofre flexibilização, em decorrência de situações excepcionais, como nas hipóteses exemplificativas de acontecimentos de interesse público ou realizado em público; interesse científico, didático ou cultural; interesse de ordem pública, e ainda, pela própria notoriedade de pessoas célebres.

Nas três primeiras proposições a flexibilização se dá por uma causa nobre: o relevante interesse social, no sentido amplo. No caso, sendo a pessoa retratada em como parte integrante da imagem, constituindo a paisagem, e desde que seja em público, não há razão para reconhecer-lhe o direito ao resguardo.

Tratando-se de pessoa célebre, o caso se complica demasiado, tendo em vista a consideração inarredável de que, geralmente, é por meio da própria imagem que estas retiram o sustento, é a sua ferramenta de trabalho, sobretudo no caso de Modelos famosos. Desta forma, o direito a imagem desta pessoa sofre, mais do que em outros casos, temperamentos.

Há de se imaginar, por exemplo, a utilização da imagem de pessoa célebre para fins publicitários, ainda que subjetivamente vinculado a algum produto de mercado, certamente esta pessoa teria seu direito violado. De outra banda, caso esta mesma pessoa seja fotografada passeando pelo centro da cidade, e esta imagem venha a ser veiculada em jornal ou revista, com alguma finalidade de

interesse social, o mesmo direito não lhe assiste, tendo em vista a importância que é dada pela sociedade em razão da sua fama, bem como a repercussão positiva que a mesma pode gerar.

3.1.1 Contextualização histórica

Desde a Constituição do Império, de 1824, já se protegia o direito a intimidade, e de forma reflexa, o direito a honra, à imagem e, sobretudo, à privacidade, conforme prescrição do artigo 179, inciso VII, afirmando que *“Todo o Cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.”* (Brasil, 2010 - B)

Denota-se que a Lei Maior da época do Império Brasileiro, já vinha intuindo proteger os direitos à privacidade, de modo a resguardar indiretamente a imagem da pessoa, no interior do seu domicílio, e do mesmo modo o fez o legislador da Carta Republicana de 1891.

A rigor do passo dado pela Constituição de 1934 (Brasil, 2010 - D), a caminho da defesa do direito à intimidade e à própria imagem, a de 1946 faz breve inovação e expressa, no artigo 141, que *“A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade [...]”*. (Brasil, 2010 - E)

Denota-se que o texto citado acima refere à *inviolabilidade dos direitos concernentes à vida*, o que faz aduzir que, ainda que de modo subjetivo, ficam resguardados os direitos da personalidade, abrangidos neles o direito a própria imagem.

A Constituição da República vigente trata do tema de forma mais abrangente e específica, distanciando-se, de certo modo, do subjetivismo de outrora para dispor sobre o tema de forma mais objetiva e determinada, o que o faz no artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, alínea “a”, que trazem os seguintes dispositivos:

Art. 5º . Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
 X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
 XXVIII – São assegurados, nos termos da lei:
 a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas.
 (Brasil, 2010 - F)

Sabendo-se dos dispositivos vigentes que protegem o direito à imagem da pessoa, bem como a intimidade, a honra e a privacidade, resta observar a razão pela qual se faz necessária uma avaliação menos detida das conseqüências da inobservância dos postulados transcritos acima, de modo a considerá-los em contraposição com a realidade atual dos meios de difusão de informação de que se utilizam a imprensa, no seu sentido mais amplo.

Faz-se referencia ao potencial dos meios de divulgação de imagens, vídeos e afins, no meio virtual, sobretudo a inviabilidade técnica de controle instantâneo dos materiais postos livremente a disposição dos usuários da rede mundial de computadores.

Estas considerações são meramente para que se tenha noção da realidade atual dos meios de divulgação de informações pela imprensa, de modo que fique claro o poder que lhes é dado, e a necessidade de restrição de informações veiculadas, notadamente às que forem prejudiciais à honra, à intimidade e privacidade de terceiros.

3.2 Contextualização histórica da imprensa

O termo *imprensa*, na acepção original da palavra, refere aos meios de difusão de informações jornalísticas, e outras funções informativas impressas, também definida, pelo Dicionário Aurélio, como “o conjunto dos jornais e publicações congêneres; *imprensa escrita*”. (2010, p. 422)

Contudo, com a sobrevivência dos novos meios de difusão de informações, tais como o rádio, a televisão e a própria *internet*, o termo se manteve, como referência a qualquer meio de comunicação de massa, de modo que, neste subitem, quando referir-se a imprensa, entenda-se em sua acepção ampla, abrangendo todos os meios de divulgação e publicação de informações.

No Brasil, em passado relativamente recente, assistiu-se a supressão da plena liberdade do exercício das atividades ligadas à divulgação de informações, com a ditadura imposta pelo governo militar, no ano de 1964, que subsistiu até meados dos anos 80.

Num apanhado geral, é possível afirmar que a imprensa deu seu grande passo, em relação à sua própria responsabilidade social de informar, ainda no século XX, como lembram Fred Sielbert e Theodore Peterson, em sua obra intitulada *“Três teorias de La prensa”*. Segundo os mencionados autores, a imprensa estaria homenageando a premissa básica de que toda liberdade implica obrigações correlatas, em face da sociedade. (1980, p. 89-90).

É patente que a responsabilidade referida acima ainda não atingiu o devido respeito, nem tampouco se pode afirmar que esta seria a propensão atual da *imprensa*. É que, com o crescimento descontrolado dos meios de publicação de informações, sobretudo pela facilidade com que é outorgado aos cidadãos fazê-lo, em contraste com a concorrência gerada pela diversidade de agentes difusores de informações, acaba por cria-se uma espécie de vale-tudo na captação de consumidores.

Outro aspecto relevante, segundo Carlos Castilho, é que a difusão de informações nem sempre são puramente um relato de fatos, acontecimentos, mas se revestem de interesses subjetivados na própria editoração que precede a publicação. (1989, p. 160)

Assim, nos termos das considerações feitas acima, o caminho que levou a sociedade a obter o direito à liberdade de expressão foi constantemente trilhado, vindo a sofrer restrições ao longo da história, como se vê no passado recente do nosso País, mas que, hoje encontra o devido respaldo constitucional.

No âmbito infraconstitucional, a imprensa encontra a regulamentação das suas atividades na Lei 5.250 de 1967, instituída ainda no período de Regime Militar, garantindo, no seu artigo 1º, que *“é livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer”*. (Brasil, 2010 - G)

Como se vê, a liberdade de expressão, da mesma forma que todos os outros direitos garantidos pelo sistema normativo pátrio, não é absoluto, tendo em vista a consideração feita no inciso primeiro de que, apesar da livre manifestação do

pensamento, responderá aquele o que o fizer pelos abusos que cometer, ou danos que causar, extensivamente.

3.2.1 Contextualização histórica do direito à liberdade de expressão

O direito à liberdade de expressão, que é o princípio constitucional basilar da atividade exercida pela imprensa, no sentido amplo, de acordo com a doutrina de Edilson Farias, na forma das considerações feitas no sub-capítulo anterior, permite a difusão de pensamentos, idéias, opiniões, crenças, juízos de valor, fatos ou notícias na sociedade, e também pode ser encontrada sob outras denominações, tais como liberdade de pensamento, liberdade de palavra, liberdade de opinião, liberdade de consciência, liberdade de imprensa, direito à informação jornalística e informativa, direito de comunicação, liberdade de manifestação do pensamento, dentre outras. (2004, p. 52)

Segundo definição dada pelo autor mencionado no parágrafo acima, o termo Liberdade de expressão e comunicação é bastante completo para tratar da matéria em pauta, pois *“alude a um direito fundamental de dimensão subjetiva (garantia da autonomia pessoal) e institucional (garantia da formação da opinião pública, da participação ativa de todos no debate público, do pluralismo político e do bom funcionamento da democracia), assegurado a todo cidadão”*. (2004, p. 54).

No que refere à construção do direito de informar, Aluizio Ferreira lembra que:

A trajetória do direito à informação e do direito à comunicação confunde-se com a história dos embates travados pelos homens em busca da afirmação da sua dignidade e liberdade em face do poder estabelecido ou constituído (político, religioso, econômico, social...) e com a sua concomitante e progressiva tomada de consciência da necessidade histórica de aproximação e integração com outros homens para melhor superar as dificuldades enfrentadas, bem como do desejo inato (e, portanto, fundamental) de exteriorizar-se e projetar-se, comunicando-se com os demais e construindo o mundo. (1997, p.113).

Neste prisma afirma-se o direito de liberdade de expressão como meio de afirmação da liberdade do homem em face do poder que se estabelece, sobretudo política e economicamente.

Noutro viés, Guilherme Doring Cunha Pereira, defendendo que a liberdade de informação atual é a extensão do poder de informação que outrora foi exercido apenas pelas escolas, e pela própria família, afirma que:

[...] sempre houve instituições encarregadas de prover informação: universidades, escolas... A própria família, como já se mencionou, é o centro por excelência da informação mais essencial do homem. Não se tratava, porém, de organizações empresariais, animadas de um intuito de lucro. [...] O advento do rádio e da televisão introduz na comunicação de massa, de maneira mais generalizada, o entretenimento. Mais recentemente, com o desenvolvimento de novas técnicas de armazenagem e transmissão de informações, fruto sobretudo dos programas nas áreas de informática e telecomunicações, surgem novas especialidades informativas (2002, p. 26/27).

O autor Edilsom Farias vai mais a fundo na origem do direito de liberdade de expressão, e lembra que os gregos atenienses “*orgulhavam-se dessa ampla liberdade de expressão e comunicação que lhes era garantida pela politéia*”. (2004, p. 57).

Um marco histórico no contexto da liberdade de expressão é a obra publicada por John Milton, intitulada *Areopagítica: Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra*, em que defende de forma eloqüente o direito de informar e ser informado, em sentido amplo.

Na citada obra, conforme relato extraído da obra de Edilsom Farias, o autor utilizou argumento de que a livre manifestação do pensamento conduz ao avanço do conhecimento e à descoberta da verdade, o que constitui clássico fundamento, ainda hodiernamente invocado para a preservação da liberdade de expressão e comunicação. (2004, p. 58/59).

Entretanto, denota-se que foi a partir das revoluções americana e francesa, momento de ascensão do constitucionalismo, que os direitos de liberdade de expressão e comunicação foram proclamados como direitos fundamentais na forma que se entende atualmente, tanto se pode observar pela Emenda Primeira da Constituição Norte Americana, aprovada em 1791, que consagra o seguinte:

O congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício de cultos; ou cerceando a liberdade da palavra, ou de imprensa, ou do direito do povo se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

(Traduzido por Letícia de Campos Velho Martel, em *A Declaração de Direitos da Constituição dos Estados Unidos da América: algumas notas introdutórias*).

Neste contexto veio ganhando ênfase o constitucionalismo garantidor de direitos fundamentais, em data mais recente, também no Brasil, que reconheceu o direito de liberdade de imprensa ainda na Constituição do Império, de 1824, que se manteve até a Constituição de 1937, quando o Estado Novo de Getúlio Vargas suprimiu esta garantia constitucional, sendo restabelecido gradativamente a partir da Constituição de 1946, no período reconhecido pela redemocratização. (Brasil, 2010 - E)

Com o retorno de Vargas ao Poder foi editada a Lei de Imprensa número 2083 de 1953, a qual previa aplicação de penalidades para casos de abuso na publicação de informações, expressa no Capítulo II, entre os artigos 8º e 16. (Brasil, 2010 - H)

Já em 1967 houve a outorga, pelo Poder Militar em exercício, de nova Constituição da República, que apesar de não suprimir o direito à liberdade de expressão, deixava exposto no artigo 151:

Art 151 - Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23. 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa. (Brasil, 2010 - I)

Entretanto, a história confirma que o abuso referido artigo transcrito dizia respeito, implicitamente, a qualquer forma de divulgação de informações de oposição ao governo.

Passado o período da Ditadura Militar, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, no ano de 1988, sobrevieram as garantias constitucionais expressas no artigo 5º, incisos, IV, IX, entre outros menos específicos, que dispõe da seguinte maneira:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (Brasil, 2010 - F)

Acerca da atual disposição constitucional sobre a matéria em tela, leciona Aluizio Ferreira, afirmando que *“a Constituição Brasileira alinha-se as leis fundamentais modernas mais progressistas em matéria de reconhecimento e garantia do direito fundamental à liberdade de pensamento, especialmente no que concerne aos direitos à informação e à comunicação, aí compreendidos. Neste*

aspecto, assemelha-se à Constituição Portuguesa, na qual muito se inspiram os constituintes brasileiros de 1988". (1997, p. 169).

3.3 A Ação Inibitória

O processo de conhecimento não é um meio adequado para se prevenir eventuais ilícitos, tampouco para fazer cessar tal prática, senão por via das tutelas cautelar, antecipatória e inibitória. Contudo, numa ação que objetiva a proibição de divulgação de imagens nos veículos midiáticos, em seu sentido amplo, o Código Processual Civil dispõe de instrumento específico.

Para tanto, tem-se a tutela inibitória, que, parafraseando Liuz Guilherme Marinoni, visa prevenir a prática de ato ilícito, apresentando-se como uma tutela anterior a sua prática, diferentemente da tutela ressarcitória, que refere a fatos passados. (2006, p. 36).

A ação inibitória encontra fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil brasileiro, onde fica expresso que *"Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento"*. (Brasil, 2010 - J)

Melhor definição é dada por Marinoni, dando continuidade na sua lição acerca do meio processual em pauta, em que faz a seguinte afirmação:

Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto a tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa. (2006, p. 38).

Verifica-se então que a tutela inibitória não tem finalidade de discutir a culpa, mas sim a ilicitude da prática que estaria a causar o dano, ou ainda, que se esteja na iminência de ocorrê-lo. À frente, será abordado de forma mais detida a questão da irrelevância da culpa.

Na lição de Joaquim Felipe Spadoni, genuína forma de tutela preventiva é a tutela inibitória, que:

[...] destina-se a impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio *direito material* da parte. É providência judicial que veda, de forma definitiva, a prática de ato contrário aos deveres estabelecidos pela ordem jurídica, ou ainda sua continuação ou repetição. (2007, p. 32)

A definição dada pelo autor citado acima não difere significativamente do primeiro, ambos abstém qualquer referência à culpa. É que não se trata de reparação, ou ressarcimento de dano, mas sim de evitar a sua prática, continuidade ou repetição, de forma a inibir tais ações que estejam causando dano à pessoa, ou mesmo de evitar que se faça.

Quanto ao âmbito de aplicação, diz Spadoni que a ação inibitória abrange obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, em na primeira, o devedor se vincula a determinado comportamento positivo, à pratica de determinado ato, enquanto na segunda seu dever é inverso, onde o mesmo vincula-se a um dever de abster-se de tal prática. (2007, p. 68)

Existe ainda o pleito de obrigação que visa a entrega de determinado coisa, consistindo, desta forma, na entrega de um bem, objeto ou algo que seja física e juridicamente possível de fazê-lo.

Outro aspecto interessante da ação inibitória, segundo o mesmo autor citado acima, e que pode ser confundido com as ações em que se busca a antecipação de tutela, é que a primeira tem caráter de cognição plena e exauriente, onde se reconhece o direito do autor ao cumprimento específico da obrigação imposta ao réu, estabelecendo-se, portanto, como meio processual independente de outras providencias judiciais, embora sua sentença tenha força de título executivo no caso de eventual desobediência. (2007, p. 78).

A ação inibitória, fundada no artigo 461 do Código de Processo Civil, já transcrito alhures, é passível antecipação de tutela, com fulcro no § 3º, do mesmo dispositivo legal referido, que dispõe:

§ 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Brasil, 2010 - J)

Neste prisma, Marinoni defende que “*o autor deve demonstrar, em termos de fumus boni iuris, a probabilidade da ilicitude*”. Há de se ressaltar, entretanto, que a probabilidade exigida é em relação ao ato, e não ao dano. Exemplificativamente,

como no caso em estudo, bastaria que o autor demonstrasse a publicação da sua imagem, de forma abusiva, em algum dos veículos midiáticos. (2006, p. 190).

A sentença que reconhece o direito pleiteado em ação inibitória geralmente fixa multa para o caso de transgressão da determinação judicial, como ocorreu no caso em estudo (Agravo 472.738-4 da 4ª. Câmara Dir. Privado do TJSP), e tanto se faz em homenagem ao disposto no § 5º, do artigo 461, que trás o seguinte texto:

§ 5º - Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Brasil, 2010 - J)

Há de se ressaltar, entretanto, que a multa prevista é de caráter cominatório, e não indenizatório, como bem lembra Marinoni, afirmando que “a astreinte *tem por fim forçar o réu a adimplir, enquanto o ressarcimento diz respeito ao dano. É evidente que a multa não tem qualquer relação com o dano, até porque, como acontece na tutela inibitória, pode não haver dano a ser indenizado*”. (2006, p. 216).

4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A AÇÃO INIBITÓRIA INTERPOSTA POR DANIELA CICARELLI

4.1 Exposição (in)devida da imagem na rede mundial de computadores

A exposição da imagem nada mais é, no contexto do presente trabalho, do que a publicação, por quaisquer dos meios de difusão de informações aludidos no capítulo anterior, seja ele por meio de televisão, rádio, materiais impressos ou mesmo na *internet*, como no caso em estudo.

Para Paulo Jorge Scartezini Guimarães, além dos meios de publicidade aludidos acima, também se enquadram as informações postas em rótulos, embalagens, materiais profissionais, etc. (2007, p.98).

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu artigo 8º, conceitua a publicidade e propaganda como “*atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias*”. (Brasil, 2010 - K)

Não se está tentando, aqui, entender especificamente a publicidade relativa à propaganda comercial, mas sim a publicização de informações, assim entendidas todas as formas de disponibilização ao público em geral de fatos relacionados aos particulares em geral.

No entendimento de Adalberto Pasqualotto, publicidade “*é toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa*”. (1997, p. 25).

Nos sites difusores de vídeos caseiros, como é o caso da empresa *Youtube*, qualquer vídeo que, por algum motivo desperte o interesse, ou curiosidade – talvez este seja o termo mais adequado –, e não necessariamente vídeos publicitários, resulta num auferimento pecuniário grandioso o bastante para torná-la a potência que tem se tornado.

Sim, pois o referido *site* tem a finalidade única de disponibilizar a quem queira os vídeos que outro usuário tenha posto a disposição, e quanto mais acessos houver naquele *site*, maior é a difusão por ele realizada, e consequentemente maior será o custo de um anúncio publicitário de um eventual patrocinador/anunciante.

Neste prisma, há muito já se deixou de lado o interesse social das imagens e sons veiculados, razão pela qual se pode encontrar uma diversidade imensa de gêneros de vídeos, tudo para garantir o acesso dos usuários, sendo ignorado muitas vezes, o dano causado à pessoa exposta.

Consigna-se ainda que, dado o crescimento acelerado dos meios difusores com o desenvolvimento da *internet*, também a forma de tutelar o direito à imagem da pessoa deve ser elevado, de modo a acompanhar a diversidade de situações possíveis que possam vir a ocorrer no meio virtual. A doutrina, neste particular, ainda é escassa.

Fabio Henrique Podestá leciona de forma bastante plausível acerca dos materiais postos na internet, aduzindo que o meio virtual não deve ser direcionado somente ao reconhecimento de benefícios, mas deve proteger, do mesmo e no mesmo patamar, os malefícios que pode causar ao homem, dada as inimagináveis possibilidades de intromissões na vida privada. (2002, p. 106)

Desta forma deve-se entender o meio virtual não como um ambiente imune a qualquer restrição, qualquer regulamentação, mas sim como um meio de difusão de informações, em sentido amplo, com alguma utilidade pública, de interesse social, preservando, sobretudo a dignidade da pessoa humana e demais princípios consagrados na Lei Maior.

Da forma como é bastante defendido na doutrina majoritária, sempre que houver colisão de direitos fundamentais, tais como o direito a liberdade de imprensa e informação e o direito a intimidade, deve-se dar prioridade ao segundo, utilizando-se sempre da razoabilidade, conforme estudado no primeiro capítulo, tendo em vista que este dificilmente poderá ser restituído, ou mesmo reparado eficazmente.

Mas este entendimento não é unânime. Segundo Antônio Lago Júnior existem teorias, como o *Ribbon Blue*, que propõem uma liberdade mais ampla de pensamento e liberdade de acesso às informações, de modo a não restringir de modo algum as informações postas na *internet*. Contudo, o transcorrer do tempo e a evolução do acesso à rede mundial de computadores já mostrou as barbáries que esta filosofia poderá ocasionar ao futuro da humanidade. (2001, p. 95).

Cumpra mencionar aqui, tendo em vista a grande utilidade processual, que determinada publicação na rede mundial de computadores, que venha a ofender a imagem de certa pessoa, pode ser registrada no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, mediante consignação em Ata Notarial, de modo a servir de prova documental num eventual processo judicial. Apesar de não ser um serviço gratuito, este procedimento é de grande valia para produção de provas e deslinde de importante parte de uma possível controvérsia.

De acordo com as considerações feitas acima, denota-se que existe uma necessidade de haver controle de dados e informações divulgados na internet, tendo em vista ser justamente a informação a grande matéria prima da rede mundial de computadores, que vale consignar, é a maior rede de comunicação humana de que já se teve conhecimento, de modo que a sua existência desregulamentada implicaria danos imensuráveis à ordem jurídica mundial.

4.1.1 O caso Cicarelli como exposição (in)devida de imagem na rede mundial de computadores

Há varias formas de se observar juridicamente o caso Cicarelli, não tanto pelas particularidades dos fatos, mas sim pelas variações que sofre o direito à imagem da pessoa, em contraposição com o direito de informação, liberdade de expressão e todos os postulados normativos referidos alhures.

Numa demanda inibitória, como a do caso em estudo, um viés bastante significativo é o da função social da informação, de onde se pode aduzir que, se uma informação não trás qualquer utilidade pública aos seus informados não há razão de ser publicada. Da mesma forma, veja-se que além de determinada informação não ter utilidade pública - entenda-se como uma relevante razão para se estar levando ao público - pode ela estar causando, ou vir a causar, um dano imensurável à pessoa explorada, atingindo a sua dignidade, intimidade e o próprio direito à imagem.

Cumpra Lembrar, como leciona Fábio Henrique Podestá, que a rede mundial de computadores conhecida por *internet* é, sem dúvida, o maior meio de comunicação e divulgação de informações já visto pelo homem, é o topo da tecnologia em comunicação, a maior difusora mundial, onde uma quantidade

incomensurável de informações, notícias e afins são publicados hora a hora. (2002, p. 108)

Como ficou exposto no capítulo anterior, a doutrina relata teses de liberdade incondicional às publicações por meio da internet, mas a maioria se posiciona em sentido diverso, sobretudo pelo que já demonstrou ser, em potencial, uma internet desregulamentada, à nível mundial. Neste prisma, é possível afirmar tranquilamente que o conteúdo disponibilizado nos sítios eletrônicos devem necessariamente respeitar uma forma de regulamentação.

A razão principal de haver esta necessidade é a possibilidade ilimitada de qualquer pessoa estar publicando imagens e qualquer tipo de informações, seja ela em página pessoal ou pelo maior *site* de vídeos já conhecido: o YouTube. Da forma como já foi dito no capítulo anterior, para publicar um vídeo no referido *Site*, basta que o usuário faça um cadastro pessoal, obtenha um *login* (sistema em que o usuário fornece nome e senha para autenticação pelo sistema computacional), para então publicar o seu vídeo para quem queira ver.

A consideração feita acima deve ser somada, ainda, à realidade tecnológica em que se vive, onde não se precisa mais de um grande aparelho fotográfico, ou uma grande filmadora, para se fazer um retrato ou vídeo com razoável qualidade. Hoje, um aparelho telefônico móvel é capaz de fazê-lo, tanto um vídeo de vários minutos como retratos de imagens em alta qualidade, tudo isso de forma que pode facilmente se tornar imperceptível.

Por estas razões denota-se que a tese de livre publicação de informações na internet, já defendida por alguns autores no passado, não merece prosperar, sob pena de estar possibilitando um caos inimaginável, tendo em vista que qualquer um pode ter sua imagem registrada a qualquer momento por um telefone celular sem ser notado, e estas imagens podem estar sendo publicadas com conotações diversas e imprevisíveis, à mercê da imaginação do publicador.

Considerando o que foi dito, a internet pode se tornar um ambiente eivado de conteúdos apelativos, sem interesse social justificável ou utilidade pública, capazes inverter todo o benefício que trás ao disponibilizar determinadas informações a pessoas inadequadas.

É perceptível, portanto, que os danos possivelmente causados à pessoa fazem emergir forte o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do

direito a intimidade e à própria imagem, servindo de fundamento inarredável para o resguardo dos direitos da pessoa que tem sua imagem explorada.

O caso em estudo ocorreu na Espanha, numa praia da Província de Cádiz, em mar Mediterrâneo, local próximo à conhecida cidade de Jerez de La Frontera, onde pensando estar despercebidos, foram registrados por vídeo em cenas românticas à beira do mar.

De acordo com as considerações feitas neste subtítulo, há de se concluir que a exposição das imagens de Daniella Cicarelli e Renato Malzoni em cenas românticas à beira mar é indevida, sobretudo pela falta de interesse socialmente justificável, pela instigação à intromissão na vida alheia e ainda, em respeito à dignidade da pessoa humana e ao direito à própria imagem.

4.1.2 O agravo número 472.738-4 da 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP

Objeto de estudo do presente trabalho, não poderia deixar de integrar a presente monografia um discurso acerca do acórdão no Agravo interposto por Daniella Cicarelli, contra decisão que reformou a Sentença para liberar a veiculação do vídeo em que, nas palavras do Relator, “os agravantes cometem excessos à beira mar”. (Brasil, 2011 - A).

Desde logo se deve considerar a sutil observação de que, dentro da discussão do direito à imagem frente à liberdade de expressão, o presente estudo pretende analisá-los sob o prisma da ação inibitória, e não no viés de uma ação ressarcitória, caso em que se estaria frente a um novo objeto de trabalho monográfico. É que, estudando a aplicabilidade da tutela inibitória no caso Cicarelli, tem destaque postulados como a função social da informação, prestada através da divulgação de imagens, ou seja, se esta informação cumpre dever de cidadania. De outro norte, numa ação indenizatória, teriam destaque argumentos como o grau de culpa da pessoa fotografada, o local da captação das imagens e as circunstâncias em que foram realizadas.

Dessa forma é possível verificar que o modo como determinada pessoa se expõe publicamente, independente de culpa, não é relevante para uma ação inibitória, desde que esta imagem não seja de interesse social. Entenda-se, por óbvio, não ser o interesse social semelhante à curiosidade naturalmente inerente ao

homem, mas sim como algo que possa ter relevância para o progresso da vida em sociedade.

Diante das ponderações acima expostas, cumpre observar quanto aos motivos e razões que levaram ao deferimento da tutela inibitória de urgência, bem como as razões do voto divergente, vez que mostram pontos de vista distintos acerca do direito à imagem no caso Cicarelli.

Consta na declaração de voto divergente, prestada pelo Desembargador Teixeira Leite, entendimento pelo não cabimento da concessão da tutela inibitória de urgência, fundados, sobretudo, na culpa dos agravantes, por terem-se exibido em cenas picantes em local público, bem como na modernidade e velocidade dos meios de comunicação massivos, aduzindo que:

[...] a velocidade da internet se somou aos demais meios de comunicação social, e, inegavelmente, pela velocidade, com grande supremacia em termos de veiculação de fatos de interesse geral da coletividade. A rede mundial que compõe a internet traz à lume toda a modernidade dos novos tempos, mostrando instantaneamente os fatos e os acontecimentos públicos havidos em qualquer parte do planeta, na mais perfeita demonstração de que o homem, no que se refere à informação avançou de modo inexorável para o Século XXI. (Brasil, 2011 - A).

Defende o Julgador referido que não há possibilidade de ocorrência de dano irreparável, tendo em vista que eventual ofensa à moral das partes poderá ser suprida em ação indenizatória. Esta, ao que parece, é uma das razões pelas quais o seu entendimento apresenta-se relativamente menos plausível que o voto do desembargador relator Ênio Santarelli Zuliani.

O relator, por sua vez, discorre longamente e aborda várias razões pelas quais se podem visualizar o abuso na divulgação das imagens. Primeiramente, o acórdão expõe quanto à possibilidade de concessão da tutela de urgência, e nesse ponto verificou-se que o deferimento desta medida é consideravelmente menos infringente aos direitos sociais de informação do que seria, com a divulgação das imagens, a ofensa aos direitos de privacidade, intimidade e vida privada dos autores da demanda.

É que, respeitado entendimentos contrários, o direito de informação pode ser suprido posteriormente, caso seja verificado, no final do processo, o não cabimento da tutela inibitória. O direito à imagem, privacidade e intimidade, contudo, não pode ser devolvido no futuro, posto que o deferimento da tutela inibitória, no final do processo, seria inócuo aos interesses dos autores da ação. Desta forma,

tratando-se de medida de urgência, há de ser verificado o resultado do deferimento / indeferimento para ambas as partes, e ponderar, sobretudo, a quem o dano seria mais extenso.

Trata-se de uma análise por resultado, modo consideravelmente menos complexo de se concluir pelo deferimento, ou não, de uma medida de urgência.

De outro norte, também depõe a favor do deferimento da medida de urgência a falta de razões para a continuidade da divulgação das imagens, como bem consignou o Desembargador Relator, ao lembrar que não há utilidade alguma para formação de conhecimento, não cumpre funções de cidadania socialmente justificáveis, mas pelo contrário, busca atrair a curiosidade naturalmente inerente ao homem.

[...] sobre essa circunstância e devido ao fato de a questão atingir pessoa conhecida, como Daniela Cicarelli, é de rigor mensurar se a informação que está sendo transmitida caracteriza adequada utilidade de conhecimento, isto é, se é bom para a sociedade insistir na transmissão do vídeo em que os dois cometem excessos à beira-mar. (Brasil, 2011 - A).

Evidentemente, não se pode vislumbrar alguma utilidade significativa para a transmissão das imagens captadas na praia espanhola.

Outro ponto que não se pode ignorar é que as imagens captadas, além de não ter conteúdo de interesse social, dotaram-se de caráter mercantilista, tendo em vista que os agravados que figuram no processo em estudo visam exclusivamente o lucro advindo com os acessos obtidos nas imagens. Sim, pois quanto maior for o número de acessos aos sites dos agravados, maior será a lucratividade com seus serviços publicitários.

Ainda, no que tange às circunstâncias em que as imagens foram captadas e veiculadas pelos meios de comunicação, observa-se que há destaque na figura das pessoas (agravantes) numa praia, e não de uma praia em que havia pessoas, evidenciando que o intuito do fotógrafo (paparazzi) era de captar as imagens dos agravantes de modo clandestino, ou seja, sem a anuência destes, de modo que, como bem lembra o relator:

Negar a tutela antecipada seria premiar a atuação desses profissionais que não pedem autorização para suas filmagens e fotos e, principalmente, legalizar o sensacionalismo e o escândalo propagados pelos meios de comunicação, sem licença dos envolvidos. (Brasil, 2011 - A).

Há de ser considerado, sobretudo, que os agravantes decidiram expor sua intimidade naquela praia, para as pessoas que lá estavam, e não para o mundo todo, como ocorreu com a veiculação das imagens pela rede mundial de computadores. Certamente os agravantes não teriam se exposto da forma como se expuseram se tivessem ciência de que estavam sendo filmados ou fotografados, ainda mais se soubessem que estas imagens seriam disponibilizadas pela internet.

Diante das considerações feitas acima, não parece haver grande dúvida quando ao cabimento da medida inibitória de urgência, mostrando-se acertado o posicionamento do Relator, ao defender os direitos de personalidade frente ao direito de liberdade de imprensa e informação, que no caso, cedem frente ao interesse preponderante.

Doravante, quando ao entendimento exposto pelo desembargador Teixeira Leite, em sua declaração de voto vencido, não se pode concordar que, em razão da velocidade dos meios de comunicação massivos, da tecnologia das microcâmeras atuais, e da liberação do vídeo em outros países, se deva abrir mão, por completo, dos direitos à privacidade, à intimidade e notadamente à honra subjetiva da pessoa humana.

4.2 Responsabilidade do publicador

Doutrinadores como Antônio Lago Junior, Bittar e Stolze, afirmam em suas obras que a origem etimológica de responsabilidade, proveniente do termo latim *“respondere”*, que significa responder por alguma coisa. Na lição de Antônio Lago Júnior, *“o ser humano, por que é dotado de discernimento, deve responder por seus atos”*. O autor se apóia na doutrina de Carlo Alberto Bittar, para afirmar que *“a liberdade e a racionalidade, que compõe a sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações ou omissões, no âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade”*. (2001, p. 47)

A responsabilidade, de acordo com a definição dada pelo autor mencionado acima, é uma consequência da liberdade e do poder de discernimento que é inerente ao homem.

Na doutrina de Pablo Stolze e Rodolfo Filho, encontra-se distinção da responsabilidade civil em objetiva e subjetiva, que é definido da seguinte maneira:

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos. [...] A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa [...]. Todavia, há situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi causado diretamente por ele, mas sim por um terceiro com quem mantém algum tipo de relação jurídica. [...] trata-se, a priori, de uma responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é desprezado, mas sim presumido, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu. (2008, p. 13-14).

Assim, a responsabilidade do publicador pelas suas práticas profissionais pressupõe a ocorrência de ato ilícito, é certo. Contudo, seria absolutamente inviável, como bem leciona Antônio Lago Junior, descrever todos os tipos de conduta que poderiam configurar ato ilícito, sobretudo em razão da riqueza da vida humana em sociedade. (2001, p. 75).

Dentro do contexto da ação inibitória, segundo Marinoni, entretanto, é prescindível determinar-se se o ato foi ou está sendo praticado com dolo ou culpa, tendo em vista que a finalidade da ação inibitória não é punir quem pode vir a praticar o ilícito, mas sim de impedir que este seja praticado. É o caso, por exemplo, de alguém que, sem culpa, esteja na iminência de praticar o ilícito, onde então será adequado utilizar-se da tutela inibitória. (2006, p. 48/49).

No prisma da ação inibitória, fica razoavelmente menos complicado de se imputar a responsabilidade por uma eventual publicação indevida, tendo em vista que não haveria dúvida quanto ao publicador, uma vez que ao fazê-lo torna de conhecimento público a sua prática.

No plano da responsabilização civil, ou ainda, da reparabilidade por eventuais danos morais ou materiais decorrente de publicação indevida de imagem na internet, a doutrina se torna menos precisa, como bem ilustra Rui Stoco, quando faz ponderações acerca das características próprias da pessoa exposta:

O grande ator, cantor ou esportista, que vive dessa atividade, que é invadido em sua intimidade e tem revelados aspectos de sua vida ou que é acusado injustamente de assumir certo comportamento, terá fatalmente prejuízo material. (2007, p. 213).

No contexto da lição dada pelo autor, tem-se que pessoas notórias, célebres ou públicas, por viverem relação particular com a mídia e pelo interesse

público, ou melhor, pela curiosidade natural que despertam, não encontrará o mesmo amparo da lei à sua imagem, quando em local público, que outra pessoa que não possua estas características.

O pensamento do autor é louvável, mas a nenhuma conclusão se pode chegar olhando apenas neste prisma, são muitos fatores determinantes para a responsabilização civil dos meios difusores de informação, imagens e afins.

Cumprе verificar a previsão contida na lei de imprensa, pela qual se poderia facilmente resolver o problema em estudo:

Art. 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;

II - os danos materiais, nos demais casos.

§ 1º Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público.

§ 2º Se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico, ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela reparação do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação (art. 50). (Brasil, 2010 - L)

A interpretação do dispositivo acima não se mostra tarefa difícil, tendo em vista a expressa previsão de responsabilidade subjetiva por dano causado, ou seja, responde se o dano resultar de dolo ou culpa. Contudo, importa ressaltar o § 1º, que trata da possibilidade de exclusão da responsabilização civil por prova da alegação, quando a discussão disser respeito à publicação caluniosa ou difamatória.

Ocorre, entretanto, que esta prova da verdade não tem efeito quando a publicação versar exclusivamente sobre a vida privada do indivíduo, o que significa implicitamente que fatos pessoais da vida íntima não têm interesse social plausível; que não se reveste de razão jurídica ou social que justifique determinada prática.

Outro viés do qual se pode observar é a questão do respeito à moral, não somente do indivíduo que está tendo sua imagem explorada, mas da sociedade, que é submetida a assistir determinadas práticas atentadoras contra a liberdade individual, contra a dignidade da pessoa humana e contra todos os princípios constitucionais correlatos.

Neste prisma, Luiz Gustavo Grandinetti, em obra organizada por Nery, alude que *“o dano moral, portanto, deixa a concepção individualista caracterizadora*

da responsabilidade civil para assumir uma outra mais socializada, preocupada com valores de uma determinada comunidade e não apenas com o valor da pessoa individualizada". (2010, p. 569).

Denota-se, doravante, que a lição doutrinária extraída visa defender a sociedade de práticas deliberadas da imprensa, alçada pelos princípios gerais de direito, notadamente os constitucionais correlatos à proteção da dignidade da pessoa humana. Estas são considerações que, embora inconclusivas, permeiam a responsabilização civil do publicador.

Tratando detidamente da captação de imagens da pessoa em local público, Enéas Costa Garcia entende haver certa liberdade por parte do publicador quando a pessoa que fotografada compõe parte da imagem que registra evento público, contudo, a mesma liberdade não existe quando se explora a imagem da pessoa destacadamente, ou seja, quando *"as câmeras da televisão ou lentes do fotógrafo deixam de retratar a generalidade das pessoas presentes e se concentram em determinada pessoa, o uso desta imagem dependerá de autorização"*. (2002, p. 217).

Continuando em suas anotações, no âmbito da exploração da imagem da pessoa no intuito comercial com benefício econômico, autor traz a seguinte ressalva:

É certo que a lei não obriga a pagar as fotografias de pessoas que se integram a acontecimentos onde é a notícia do fato que marca a publicação. Não é, entretanto, o caso quando o anunciante aproveita determinada pessoa para atrair a atenção do leitor, e obrigá-lo a deter-se na matéria que envolve objeto mercantil explícito. (2002, p. 218-219).

Desta forma, é possível considerar que os fatos registrados na praia espanhola de Tarifa, protagonizados por Daniella Cicarelli e Renato Malzoni Filho compõe, de certa forma, a própria notícia veiculada, tendo em vista a cometimento de excessivas carícias românticas sucedido por um sensual banho de mar.

Contudo, também é certo que estas imagens registradas são desprovidas de interesses socialmente justificáveis, do mesmo modo que não cumprem a menor função de cidadania, o que seria o fundamento precípua da divulgação de informações pela imprensa, como já foi abordado nos tópicos anteriores, e que afasta o amparo legal que é dado aos agentes noticiosos.

4.3 Análise Jurisprudencial

4.3.1 Recurso Especial nº. 595.600 – SC (2003/0177033-2)

Dentre os julgados selecionados para análise jurisprudencial, de modo a verificarem-se os entendimentos majoritários e posicionamento dos tribunais pátrios, apresenta-se caso emblemático julgado em última instância pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial, num caso originário da Capital do Estado de Santa Catarina, em que a postulante Maria Aparecida de Almeida Padilha fora fotografada praticando *topless* na Praia Mole, uma das praias localizadas naquela localidade. (Brasil, 2011 - B)

No caso, a então recorrente havia obtido sentença de improcedência do pedido, que fora reformada, em sede de Recurso de Apelação interposto perante o Tribunal de Justiça Catarinense, para condenar o Diário Catarinense ao pagamento de indenização por danos morais no importe de 100 (cem) salários mínimos.

A parte demandada no processo em comento interpôs Embargos Infringentes, que foram acolhidos para reformar a decisão condenatória, resultando em improcedência da demanda.

Apresentado Recurso Especial ao STJ, confirmou-se a decisão para negar à autora o direito à indenização, sob o fundamento de que a imagem fora captada em local público (Praia Mole), num dia de feriado em que havia grande movimento de pessoas no local. Aduziram os julgadores que a autora, ao expor-se desnuda, na circunstância referida acima, teria renunciado ao seu direito de preservar a intimidade. Alegam ainda não haver qualquer ofensa à moral, tendo em vista que a imagem não fora divulgada com apelo sensacionalista, tampouco obsceno.

O Relator do acórdão em julgamento de Recurso Extraordinário, Ministro Cesar Asfor Rocha, reproduz, causando certa estranheza, premissa que já havia sido mencionado nos autos, ao afirmar que a autora da ação *"não é atriz, nem modelo amador ou profissional, nem é pessoa famosa ou que sobreviva da comercialização de sua imagem"*, na tentativa de justificar a inexistência de dano considerável à parte autora em razão da veiculação das imagens. Este raciocínio, indubitavelmente, não se coaduna com o fim buscado pelo direito.

De início cumpre ressaltar que não há no mundo qualquer pessoa inserida em determinado contexto social que não tenha preocupação com o zelo pela imagem própria. Ilustramos aleatoriamente imaginando qual seria a profissão que não seria, de alguma forma, prejudicada pela divulgação de imagens constrangedoras como a da moça em plena prática de *topless*.

Observe-se a impertinência da alegação feita no acórdão imaginando que, no caso, a parte autora fosse balconista, professora ou gerente de uma grande rede de lojas. Evidente que, nada obstante esta pessoa não viver diretamente da imagem própria, é imprescindível que haja certa preservação para o bom desempenho da sua vida profissional. Do mesmo modo, imagine agora se a pessoa divulgada estiver desempregada, a procura de um novo emprego, ou ainda, em meio a um processo de seleção, certamente seria prejudicada, não se pode duvidar.

Assim, denota-se que a alegação do relator não justifica, em hipótese alguma, a supressão, ainda que temporária, do direito personalíssimo acerca da própria imagem.

De outro norte, como já foi dito anteriormente, há de se considerar que a parte autora decidiu praticar *topless*, mostrando-se parcialmente desnuda, naquela circunstância, expondo-se para as pessoas que lá estavam, e não para todo o estado de Santa Catarina e quem mais quiser ver. Isso porque não se pode ignorar que a Praia Mole é um local relativamente reservado, ao lado conhecida praia da Galheta, onde o naturalismo se pratica com certa freqüência. Destarte, ao que parece, os julgadores ignoram por completo as características da praia em que fora captada a imagem, sobretudo no ponto seguinte, retirado do Acórdão:

[...] a proteção à intimidade não pode ser exaltada a ponto de conferir imunidade contra toda e qualquer veiculação de imagem de uma pessoa, constituindo uma redoma protetora só superada pelo expresse consentimento, mas encontra limites de acordo com as circunstâncias e peculiaridades em que ocorrida a captação. (Brasil, 2011 - B).

Assim, possível aduzir que o julgador desconsiderou as características substanciais do local em que fora retratada a imagem, tais como as que constituem àquele ambiente, cometendo o engano de imaginar que a autora da demanda realizou a prática em praia completamente aberta, o que não é o caso.

Por fim, voltamos a observar sob o viés da função social da informação, em contraposição com o direito à própria imagem. No caso, pode-se considerar que o caso produziu notícia, é certo, contudo, não se pode concordar que esta notícia

justifica a desconsideração do direito à imagem. Em outros termos, diz-se que poderia ser tranquilamente veiculada a imagem, desde que com o consentimento da pessoa fotografada.

Diante dos pontos considerados acima, não soa razoável o argumento de que a parte postulante não tinha direito de ser previamente consultada acerca da publicação de sua imagem, sobretudo num jornal de grande circulação como é a parte requerida, o que faz aduzir que a publicação desprovida de sua autorização configura-se como ato ilícito.

4.3.2 Agravo de Instrumento nº. 491.953-4/0 de São Paulo

Anteriormente analisou-se o direito à imagem no prisma de uma ação indenizatória, de modo a verificar a (i)legitimidade de determinada publicação de imagem em jornal impresso de circulação estadual. Aqui, entretanto, o caso versa exclusivamente sobre o direito à imagem, no âmbito de uma ação indenizatória com pedido de tutela inibitória de urgência, em que o prefeito da cidade de Santo Antônio de Posse, localizada no estado de São Paulo, move em face de seu ex-assessor, que estaria publicando, por meio de jornais e panfletos impressos, “*severas críticas a sua vida e a sua honra*”. (Brasil, 2011 - C).

No caso, de acordo com o relatório exposto no Acórdão, a parte autora pretendia inviabilizar, por meio da medida judicial adotada, a publicação de material com conteúdo supostamente ofensivo à sua honra. Aduz-se, diante do relato referido, que o autor da demanda colimava vedar, ou obstaculizar, “*eventual, futura e incerta publicação*”, sendo interpretada pelos julgadores como forma de censura prévia.

É certo que, interpretando a pretensão do autor como tentativa de “censura previa”, faz surgir lembrança dos atos praticados na época da ditadura, pelos militares, o que tende a encontrar forte oposição, tendo em vista a repercussão de tais práticas na sociedade atual.

Assim, não se vislumbrando qualquer ofensa a honra, mas tão somente a possibilidade de vir a ocorrer, no entender dos julgadores daquele caso específico, ficaria prejudicada a concessão de medida inibitória em sede de antecipação de tutela, isso porque, como disse o relator, a publicação ainda é de caráter eventual e incerto, como bem consignou o relator o trecho colacionado abaixo:

Neste passo, irrecusável que o pedido liminar objetivado pelo agravante, ressoe-se da verossimilhança para a concessão da tutela pretendida. Pois, não há como ser medida a valoração de uma manifestação de vontade, repita-se ainda uma vez, futura e eventual, a bem dizer, incerta. (Brasil, 2011 - C).

Há de se ressaltar que o caso não trata de imagem retrato, mas sim da honra especificamente, que se estaria ofendendo com publicação de texto do qual não se tem conhecimento, não se sabe quais serão os termos postos, quais as afirmações, diferentemente de uma eventual publicação de imagem.

Ainda que futura e eventual a publicação, se estivéssemos falando em publicação de imagem, e não de texto, não haveria a incerteza quanto ao conteúdo, considerando que a parte interessada pretende inibir a veiculação de imagem certa, e assim se tornaria viável uma ação inibitória no intuito de obstaculizar eventual publicação.

É o caso, por exemplo, de uma pessoa que teve determinada imagem tomada de seu computador pessoal, sem sua autorização, e pretende inibir eventual publicação. Assim, é plausível que esta pessoa venha a demandar os interessados para que não publiquem aquela imagem, posto tratar-se de conteúdo certo: a imagem que fora tomada indevidamente de seus arquivos, e que possa interessar determinadas pessoas, ainda que ilegítimamente.

Desta forma, de acordo com o entendimento extraído do acórdão ora em estudo, mostra-se possível a ação inibitória quando, ainda que seja futura e eventual a publicação, haja certeza quanto ao conteúdo que será veiculado.

4.3.3 Agravo de Instrumento nº. 470.128-4/2 de São Paulo

O então candidato à Deputado Federal José Genuíno Neto obteve a concessão de medida liminar para inibir a divulgação de trecho de escuta telefônica em que membros do PCC (Primeiro Comando da Capital) teriam demonstrado interesse na eleição do primeiro, contra a Revista Veja, que teria divulgado em certa edição que o áudio estaria disponível no site. No caso, o trecho da conversa divulgada no site teria sido gravado por autoridade policial competente e devidamente munida de autorização judicial, configurando a legitimidade da gravação. Em sede de Agravo de Instrumento, o pedido da agravante Revista Veja fora acolhido para determinar a suspensão da medida liminar, autorizando, assim, à

divulgação das gravações em que Genoíno é citado como preferido dos membros do PCC. (Brasil, 2011 - D).

Alegou o relator Ênio Santarelli Zulliani que a gravação fora obtida por meios legítimos, e que, no caso, o direito de informar seria argumento suficientemente plausível para garantir a veiculação do vídeo. Aduziu ainda que, mesmo que as gravações tivessem sido obtidas por meios ilegítimos, o direito de informar e o interesse social teriam prevalência sobre o direito de intimidade, tendo em vista as circunstâncias em que foram captadas, bem como a sua utilidade para o exercício pleno de cidadania pelos seus eleitores, conforme transcrição abaixo extraída do acórdão:

A utilização da lógica processual da vedação da prova ilícita no processo, bem como da teoria dos frutos da árvore proibida, não podem ser transpostos para a lógica da informação, que tem objetivos pressupostos e funções constitucionais bem distintas. O Estado, em regra, não pode se utilizar de prova ilícita na prestação jurisdicional, mas a sociedade, que não impõe sanção formal de direitos, precisa conhecer os fatos de interesse público para poder portar-se, situar-se no contexto de uma organização plural e democrática que lhe exige opções políticas. (Brasil, 2011 - D).

Não se pretende aqui adentrar no mérito acerca dos motivos e razões de a revista ter insistido em divulgar as gravações, mas certo é que, ainda que uma gravação como esta esteja contaminada pela *“teoria da árvore dos frutos envenenados”*, de modo a impossibilitar a sua utilização em processo judicial, o mesmo apresenta conteúdo de interesse social, e assim, desde que não seja editado com alteração substancial, visando prejudicar as pessoas ali mencionadas, parece plausível a exposição de qualquer gravação como esta pelos meios de comunicação de massa. Os interesses verdadeiros impregnados implicitamente em determinados veículos midiáticos, apesar de sua importância para o deslinde de um caso com este, não sofrerá qualquer incursão.

Frente aos argumentos delineados no acórdão em análise, possível concluir que as escutas e interceptações ambientais e telefônicas, não carregam qualquer carga de ilicitude quando publicados pela imprensa, tendo em vista a veracidade e o interesse social preponderante, de modo que, ainda que não possa ser utilizado em processo judicial, em razão de obstáculo formal (teoria da árvore dos frutos envenenados), pode perfeitamente servir o direito de informação, quando houver interesse social.

4.3.4 Apelação Cível nº 2009.001.60508, do Estado de Rio de Janeiro

O julgado ora sob análise tratou de caso em que o autor da demanda fora fotografado em frente a um *shopping* na cidade do Rio de Janeiro, e teve sua imagem veiculada num jornal impresso de circulação estadual em matéria referente à operação policial que teria sido montada naquele local e data. (Brasil, 2011 - E).

Alegou o demandante que a sua imagem retratada em frente ao local da operação policial que apreendera dois homens, vindo a ilustrar a matéria jornalística posteriormente, ainda que não tenha sido feito qualquer menção referente a si no corpo do texto, poderia facilmente ser associada à operação e aos crimes cometidos naquele local.

O requerido, de seu lado, alegou que a imagem teria sido captada em local público, e que não há destaque na figura no demandante, mas apenas que este aparece em frente ao local da operação policial.

Importa salientar que imprescindível seria, antes de qualquer coisa, acessar a página do jornal objeto da demanda, com a imagem e a matéria na íntegra, para poder fazer uma análise do caso em comento. Destarte, diante desta impossibilidade prática, utilizar-se-á da suposição de situações em que seria possível, ou não, a ocorrência de abalo moral, e conseqüente dever de indenizar.

Imagine-se que o retrato que teria ilustrado a matéria de cunho policial fosse a imagem do demandante, com destaque e perfeitamente identificável, e com legenda passível de confusão por um leitor menos atento. Obviamente a pessoa exposta nesta condição experimentaria certo desconforto de considerável proporção, uma vez que teria de explicar para um número indeterminável de pessoas que sua imagem teria sido utilizada de forma inadequada e ilegal, ou que, pelo menos a interpretação que se estaria fazendo acerca da matéria seria equivocada. Nesse caso, não há direito de informar que justifique o dano ocasionado, ou ainda, a prática jornalística estaria completamente inadequada e aparentemente desregulamentada.

De outro norte, visualize-se agora a imagem da fachada de um centro comercial, com alguma (s) pessoa (s) circulando em frente, veiculada em matéria estritamente policial com relatos da ocorrência de práticas criminosas. Nesta hipótese, as pessoas não são o destaque da matéria jornalística, aparecendo tão somente como parte da paisagem que integra aquele local, no momento da captação da imagem. Neste ponto, o relator afirma que:

Entender de forma contrária seria estabelecer uma proteção exagerada em torno da imagem de uma pessoa, no caso o autor, devendo-se atentar para o fato de que este foi fotografado em local público, em frente à entrada do shopping onde ocorrera a operação policial. (Brasil, 2011 - E).

Este entendimento já está consolidado nas jurisprudências dos Tribunais pátrios, e comumente se encontra a afirmação de que não se pode criar uma redoma protetora em torno da imagem de determinada pessoa, somente superada pelo seu consentimento, tendo em vista que as imagens captadas em local público, desprovidas de destaque em pessoa certa, nada mais são do que o retrato de uma paisagem.

Desta forma, vale consignar que, pelo que se pode observar das recorrentes demandas em que se discute o direito à imagem, seria mais eficiente se os profissionais da área da informação, jornalistas e afins, respeitasse uma regulamentação mais rigorosa, de modo a evitar-se a prática de condutas danosas a terceiros, o que poderia criar o ponto de equilíbrio entre o direito de informar e o direito à imagem, honra e intimidade, sem demasias.

5. CONCLUSÕES

No estudo do direito à imagem em contraposição com a liberdade de expressão e informação são muitos os elementos a serem considerados, notadamente quando se pretende determinar a responsabilização, ou mesmo atribuir responsabilidade à determinada pessoa, jurídica ou natural, que tenha se utilizado de imagem de pessoa para publicação nos veículos midiáticos.

No início do presente estudo foram observados os princípios constitucionais da privacidade, intimidade, liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana e outros correlatos. Logo se observou, como meio de interpretação das regras gerais e abstratas de direito, o postulado da ponderação de princípios, resultado das reflexões doutrinárias que serviram a esta monografia. O referido princípio tem aplicação, segundo se observou das lições doutrinárias expostas no primeiro capítulo, sempre que há contraposição de interesses baseados em princípios fundamentais, exatamente como no caso sob análise.

Num segundo momento foi realizada uma contextualização histórica da atividade de imprensa, do direito de informar e das liberdades individuais, onde se constatou que, de certa forma, a limitação do direito de informar pelos julgadores é inibida pela supressão desse direito no passado relativamente recente, período da ditadura militar. Por isso comumente se encontra decisões favoráveis ao direito de informar, em detrimento do direito à própria imagem, fundamentados na impossibilidade de retorno da censura à imprensa. Estudou-se ainda a ação inibitória e sua utilidade, juntamente com as outras medidas de urgência, para o alcance efetivo do direito perquirido, sobretudo em casos de proteção à imagem, onde a lentidão de um processo de conhecimento poderia acarretar a perda do objeto, ao mesmo por agravar a situação geradora do dano.

No capítulo posterior estudou-se a exposição da imagem da pessoa na internet, seja ela amparada ou não pelo ordenamento jurídico, tal como o caso Cicarelli, em que decidiram os julgadores tratar-se de exposição indevida. Neste diapasão foi realizada uma análise do acórdão proferido pela 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, no caso suprerreferido, dando-se ênfase aos argumentos que se pode considerar de alta plausibilidade, elaborados pelo relator Enio Santarelli Zulliani de forma respeitável. Antecedendo a análise jurisprudencial verificou-se quanto à responsabilidade do publicador, matéria

relativamente complexa e que merece atenção maior no âmbito de uma ação ressarcitória, consciente de que uma ação inibitória não serviria para imputar responsabilização por dolo ou culpa, ressalvado no caso de imposição de multa por descumprimento. Assim, o presente trabalho se deteve, em boa parte da análise do acórdão proferido no caso Cicarelli, a verificar o problema sob o prisma da função social da informação, haja vista tratar-se do direito à imagem no âmbito da ação inibitória, por publicação indevida da imagem de pessoa na rede mundial de computadores, aspecto que bem trouxe à reflexão o Desembargador relator do processo estudado nesta obra.

Neste viés, a discussão ronda em torno da (i)legitimidade de uma publicação noticiosa, ou seja, se ela realmente cumpre sua função de informar, se esta informação é proveitosa aos interesses sociais dos cidadãos que a recebem ou se apenas busca, a qualquer custo, a atenção dos seus interlocutores. Outro fator de igual importância para o presente trabalho foi a ponderação entre os eventuais benefícios que a informação pode trazer à sociedade e o possível dano causado às pessoas ligadas ao fato noticiado. Neste aspecto é possível ter uma noção adequada da importância do postulado da ponderação de princípios. Importam lembrar, neste ponto, os argumentos tecidos no capítulo anterior acerca da análise do caso pelo seu resultado previsto, o que facilita a conclusão sobre a viabilidade ou não de determinada publicação, de modo que o julgador teria de se valer de uma previsão de efeitos decorrentes do seu veredicto. Faz-se referência, aqui, aos danos gerados pela decisão a ser tomada pelo julgador, se ela causará maior dano ao publicador, e conseqüentemente à sociedade que estaria deixando de receber aquela informação; ou à pessoa sobre a qual tratar esta informação, tendo em vista que os fatos publicados e veiculados pelos meios de comunicação massivos, ao seu respeito, poderão criar situações de constrangimentos desnecessários e inúteis ao desenvolvimento da vida em sociedade. Este raciocínio remete inexoravelmente ao postulado da função social da informação.

Desta feita, não parece razoável afirmar-se que se está ferindo o direito à liberdade de expressão ao coibir determinada prática jornalística, nem tampouco quanto ao direito de informar, mas sim uma regulamentação da atividade da imprensa, necessária à manutenção da ordem jurídica, em respeito aos princípios gerais de direito abordados no primeiro capítulo, conforme disposição e fins

buscados pela Magna Carta de 1988, da mesma forma como toda atividade desempenhada pelo ser humano deve ser, seja ela profissional ou não.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal. 07 dez. 1998.

ARISTÓTELES. Política: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2007. 288 p.

ÁVILA, Humberto. . Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 190p.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3.ed Brasília: Brasília Jurídica, 2003. 226 p.

BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 419 p.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13.ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. 859 p.

BRASIL, 2010 – A. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com alterações dadas pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm

BRASIL, 2010 – B. Constituição Federal de 1824: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm Acesso em: 7 nov. 2008.

BRASIL, 2011 – A. Agravo de Instrumento 472.738-4 da 4ª de São Paulo. <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2701681&v1Captcha=wfMUR>

BRASIL, 2011 – B. Recurso Especial nº. 595.600 – SC. http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=imagem&b=ACOR

BRASIL, 2011 – C. Agravo de Instrumento nº. 491.953-4/0. <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=49195340>

BRASIL, 2011 – D. Agravo de Instrumento nº. 470.128-4/2 de São Paulo. <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=47012842>

BRASIL, 2011 – E. Apelação Cível nº 2009.001.60508, do Estado de Rio de Janeiro. <https://esaj.tjrj.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=0900160508>

BULOS, Uadi Lamêgo. . Curso de direito constitucional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1391p.

CALDAS, Pedro Frederico. Vida Privada, Liberdade De Imprensa E Dano Moral. São Paulo: Saraiva. 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2002

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. 421 p.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da,. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4.ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 126 p

FARIAS, Edilsom Pereira de. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 304 p.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2.ed Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2000, 208 p.

FERREIRA, Aluízio. Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na constituição brasileira.. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997. 295 p

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; **FERREIRA**, Marina Baird; **ANJOS**, Margarida dos. Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação, *in* Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (org.) *Responsabilidade Civil*, V. 8 - São Paulo: RT, 2010, 1342 p.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. A liberdade de imprensa e o direito à imagem. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 172 p

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. 2. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 239 p.

KANT, Immanuel. . Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2002. 139 p.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. 3º ed. São Paulo: M. Fontes, 2000. 433 p

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 319 p.

LAGO JÚNIOR, Antônio. Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet. São Paulo: Editora LTR, 2001. 127 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: individual e coletiva. 4.ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 540 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; **COELHO**, Inocêncio Mártires; **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. . Curso de direito constitucional. 2. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008. 1432p.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. . Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 271p.

MORAES, Alexandre de. . Direito constitucional. 23. ed. atual. até a EC n.56/07 São Paulo: Atlas, 2008. 900 p

PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PEIXINHO, Manoel Messias. A interpretação da constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 142 p.

PEREIRA, Guilherme Doring Cunha. Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 283 p.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Interesses difusos, qualidade da comunicação social e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 272 p.

REALE, Miguel. Fundamentos do direito. 3.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 323 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 410 p

SIEBERT, Fred S. e Theodore Peterson, Tres Teorias Sobre La Prensa, São Paulo: Edição Pannartz ,1980.

SILVA, José Afonso da. . Curso de direito constitucional positivo. 31. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucion São Paulo: Malheiros: 2008. 926 p.

SPADONI, Joaquim Felipe. Ação inibitória: ação preventiva prevista no art.461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 248 p.

SPADONI, Joaquim Felipe. Ação inibitória: ação preventiva prevista no art.461 do CPC. 2. ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 256 p.

TAVARES, André Ramos. . Curso de direito constitucional. 6. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008. 1279p.

ANEXO I



24

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



01814199

Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espinhóis – Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de tv – Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais [artigos 1º, III e 5º, V e X, da CF] - Manutenção da tutela antecipada expedida no agravo de instrumento nº 472.738-4 e confirmada no julgamento do agravo de instrumento nº 488.184-4/3 - Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em web-sites, por não ter ocorrido consentimento para a publicação – Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO
CÍVEL Nº 556.090.4/4-00, da Comarca de SÃO PAULO, sendo apelantes
RENATO AUFIERO MALZONI FILHO E OUTRA e apelados YOUTUBE INC. E
OUTRO.

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal
de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao
recurso.

Vistos.

RENATO AUFIERO MALZONI FILHO e DANIELLA
CICARELLI LEMOS recorrem da r. sentença [fls.1544/1558] que julgou
improcedente ação inibitória promovida contra IG – INTERNET GROUP DO
BRASIL LTDA., ORGANIZAÇÕES GLOBO DE COMUNICAÇÃO e YOUTUBE
INC., reafirmando que a exibição das filmagens captadas de forma clandestina



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

quando se encontravam na praia de Cadiz, na Espanha, configura ofensa a direitos da personalidade e que são tutelados no ordenamento jurídico. O objetivo dos autores é o de evitar a continuidade da transmissão das cenas de intimidade, nos termos do artigo 5º, X, da Constituição Federal, conforme requerimento do item 64 da inicial:

"Sejam compelidas a deixar de exibir o filme dos Autores ou as fotos deles extraídas em seus sites, de fornecer links nos quais esse material possa ser encontrado, bem como de efetivar sua divulgação por meio de outro veículo de comunicação do qual detenham controle, sob pena de multa diária, a ser arbitrada por Vossa Excelência em valor suficientemente razoável a coibir perpetuação da ofensa a direito constitucional à imagem e à honra."

Registre-se que o Tribunal de Justiça concedeu, por maioria de votos, tutela antecipada, quando do julgamento do agravo de instrumento nº 472.738.4, cuja ementa é a seguinte [fl.126]:

"Pedido de antecipação de sentença por violação do direito à imagem, privacidade, intimidade e honra de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis – Tutela inibitória que se revela adequada para fazer cessar a exposição dos filmes e fotografias em web-sites, por ser verossímil a presunção de falta de consentimento para a publicação [art. 273, do CPC] – Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC – Provimento, com cominação de multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção."

Posteriormente, por votação unânime, no agravo de instrumento nº 488.184.4/3, foi preservada a tutela antecipada, apesar de ter a ação ter sido rejeitada em Primeiro Grau. O Acórdão foi redigido com a seguinte ementa [fl.1579]:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"Superveniência da sentença de 1º Grau julgando improcedente a ação – Predominância da tutela antecipada proferida no agravo de instrumento nº 472.738-4, aplicado o princípio da hierarquia da jurisdição, o que impede que o Juiz do 1º Grau revogue decisões emitidas pelo Tribunal de Justiça – Precedentes do STJ [Resp 765.105 e Resp 742.512]."

"Execução de tutela antecipada - INTERNET - Questão relacionada com a exibição de vídeo do casal filmado fazendo sexo na praia, que justificou a emissão de tutela antecipada para impedir a veiculação em sites que hospedam essas e outras filmagens; sendo impossível a instalação de um filtro de acesso e não sendo razoável bloquear o site, determina-se que o provedor adote medidas concretas de cumprimento da sentença, sob pena de pagar a multa diária de R\$ 250.000,00 – Provimento, em parte, determinando ao YOUTUBE a imediata instalação de um sistema de rastreamento e eliminação dos vídeos, com exclusão de acesso aos usuários que forem identificados reinserindo o material em seus links, inclusive lan houses."

É o relatório.

É importante sublinhar que a ação manejada pelos autores é inibitória, o que dispensa a prova do dano concreto. Os autores não estão pretendendo obter indenizações, mas, sim, comando proibitivo da transmissão de imagens que foram captadas de forma ilícita e que expõem predicados íntimos e de absoluta reserva. Não é porque os dois namoraram ou transaram na praia que se legaliza a exploração, na *internet* e outros meios, das cenas que não foram produzidas para deleite do público. Para que o juiz emita um provimento inibitório, esclareceu JOAQUIM FELIPE SPADONI [*Ação inibitória*, 2ª edição, RT, 2007, p. 61] "basta a demonstração da probabilidade de violação do direito". A antijuridicidade da retransmissão do filme é fato notório, exatamente porque os autores da ação não deram consentimento para devasse de momentos íntimos. A tutela inibitória é apropriada para remover o ilícito, ainda que se imponha o dever de instalar equipamentos para tal fim [posição defendida por LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela inibitória*, RT, 1998, p. 104].

O Tribunal preserva o que foi decidido quando do julgamento dos agravos de instrumento números 472.738-4 e 488.184-4/3. Respeitada a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

convicção do Ilustre Magistrado que prolatou a r. sentença rejeitando o pedido, cabe deferir tutela em favor dos recorrentes, para preservação de valores fundamentais da dignidade humana [artigos 20, do CC, de 2002 e 1º, III, 5º, V e X, e XXXV, da CF], competindo acrescentar que o precedente mencionado na r. sentença, relacionado com o julgado do STJ [Resp 595.600], embora respeitabilíssimo, não serve de fundamento exclusivo para rejeição do pedido. Cumpre recordar ter o julgado excluído a responsabilidade civil do Diário Catarinense pela publicação de imagem de moça fazendo *topless* na praia Mole, em Santa Catarina, considerando que a exposição pública permite que a fotografia saia nos jornais. Esse caso não é igual ao que ora se julga. Uma coisa é reproduzir uma fotografia dos seios de uma banhista e outra é revelar o flagra do casal transando. Ademais, um julgado, embora digno de ser citado como paradigma, não fecha a questão sobre uma matéria polêmica, inclusive porque o precedente em que se apoiou o ilustre Magistrado não é, ainda, definitivo, dependente que é a lide de pronunciamento do STF, pela interposição de recurso extraordinário.

O apelante Renato juntou cópia de parecer da lavra do Subprocurador Geral da República no sentido de sugerir o acolhimento do recurso extraordinário para resguardar o direito de imagem da moça que tomou sol de peito aberto [fs.1726/1732]. Não custa lembrar que o STJ, de Portugal, julgou de forma diversa caso semelhante [nota 818 da obra de CAPELO DE SOUZA – O direito geral de personalidade, Coimbra Editora, 1995, p. 324]: “Assim, o ac. STJ de 24 de maio de 1989 (BMJ 386, 531) decidiu que “age com culpa, praticando facto ilícito passível de responsabilidade civil nos termos dos art. 70 e 483 e segs. do Código Civil, o jornal que, sem o seu consentimento e não ela pessoa pública, fotografa determinada pessoa desnuda e publica essa fotografia numa das edições, não obstante o facto de a fotografia ter sido obtida quando a pessoa em causa se encontra quase completamente nua (em *topless*) na praia do Meco, considerada um dos locais onde o nudismo se pratica com mais intensidade,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

número e preferência, mesmo que se admita ser essa pessoa fervorosa adepta do nudismo”.

Os apelantes estão suportando violações não somente do direito à imagem, como da intimidade [leia-se vida privada] e convém colocar um fim a essas invasões. As cenas são de sexo, atividade mais íntima dos seres humanos. Ainda que as pessoas tenham errado e *errare humanum est* quando cederam aos impulsos dos desejos carnis em plena praia, a ingerência popular que se alardeou a partir da comercialização do vídeo produzido de forma ilícita pelo *paparazzo* espanhol, afronta o princípio de que a reserva da vida privada é absoluta, somente cedendo por intromissões lícitas. A notícia do fato escandaloso ainda pode ser admitida como lícita em homenagem da liberdade de informação e comunicação, o que não se dá com a incessante exibição do filme, como se fosse normal ou moralmente aceito a sua manutenção em sítios de acesso livre. Há de ser o Judiciário intransigente quando em pauta a tutela da esfera íntima das pessoas que não autorizaram a gravação das cenas e a transmissão delas.

É preciso eliminar a confusão que se faz do direito à vida privada, mesmo de pessoa célebre ou notória, com preservação do direito à reserva da intimidade. Os ilustres J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA [*in Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume 1, Edição conjunta da Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2007, página 467], esclarecem o seguinte:

“O direito à **imagem** (nº 1) tem um conteúdo assaz rigoroso, abrangendo, primeiro, o direito de definir a sua própria *auto-exposição*, ou seja, o direito de cada um de não ser fotografado, nem de ver o seu retrato exposto em público sem seu consentimento (cfr. Ccivl, art. 30º); e, depois, o direito de não o ver apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

distorcida ou infiel ("falsificação da personalidade"). Torna-se evidente que não pode gozar do direito à imagem (pelo menos no primeiro sentido) quem ocupe cargo ou desempenhe função em que a *publicidade* (isto é, o conhecimento e a relação com o público) seja elemento essencial, havendo aí uma espécie de "acordo" ou "consentimento" implícito (aí estando um factor de ponderação em caso de colisão deste direito fundamental com outro direito: cfr. Nota VI ao art. 18º). Esta dimensão de publicidade legitimadora de algumas restrições ao direito à imagem não deve, porém, transferir-se para a esfera da intimidade (cfr. nota X)."

Outro jurista lusitano [MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, parte geral, Tomo III, Almedina, 2004, p. 211] admite que a notoriedade de políticos e celebridades implica em restrição da privacidade e adverte: "nunca ao ponto de atingir as esferas secreta e íntima". Portanto, há um equívoco na defesa de eventual liceidade da exibição de cenas íntimas do casal, que o próprio coletor das imagens admitiu ter obtido de maneira clandestina [cf. entrevista do fotógrafo espanhol Miguel Temprano às fl.841], por ser DANIELLA CICARELLI apresentadora de TV. Em um dos primeiros ensaios sobre o que os italianos chamam de "*Diritto Ala Riservatezza*", BRUNO FRANCESCHELLI [Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1960, página 70] afirma não encontrar razão jurídica válida que justifique o fim da preservação da esfera de reserva por "*una distinzione tra persona celebre e comune mortale*". O raciocínio do jurista decorre do sentido de que o direito de personalidade acompanha a pessoa por toda a sua existência, de modo que restringir esse direito representaria negar a integralidade desse direito.

A tutela inibitória deverá alcançar os dois protagonistas das cenas captadas, transcrevendo-se o que foi deliberado pela Turma Julgadora, quando do julgamento do agravo de instrumento nº 488.184-4/3.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"Portanto, a r. sentença, embora com respeitáveis argumentos, não prevalece no capítulo em que revogou a tutela antecipada. A tutela antecipada interdita deferida no agravo nº 472.738-4 continua em vigor, até que ocorra o trânsito em julgado da sentença de 1º Grau.

No velho livro de "Practica Civil e Commercial", do Professor Barão de Ramalho [Typ. Imparcial, São Paulo, 1861, p. 201], constava que, "na execução do julgado é que consiste principalmente o exercício da justiça". As sentenças são proferidas para serem cumpridas, e não cabe tergiversar sobre esse princípio, sob pena de comprometimento da credibilidade da instituição, com reflexos desastrosos para a segurança jurídica, principalmente em tutelas mandamentais, nas quais há direta associação com o conceito de imperium, ou seja, da função do juiz em expedir ordens e fazê-las cumprir mediante as medidas necessárias para obtenção do resultado equivalente ao que seria obtido em caso de cumprimento voluntário [art. 461, § 5º, do CPC].

Discute-se, nesse agravo, como cumprir a decisão do Tribunal, emitida em favor de Renato e Daniela, o que obriga enfatizar a impropriedade de rediscutir a questão relacionada com o direito material tutelado, como pretende o YOUTUBE. O sistema jurídico permite que se emita tutela antecipada sem oitiva do réu [e foi o que ocorreu], e isso implica afirmar que o destinatário da antecipação deverá, caso não se conforme com o que foi decidido, interpor os recursos constitucionais adequados para desconstituir o julgado. Aliás, essa referência é oportuna para rejeitar a arguição de nulidade da citação, porque a sentença que se executa foi expedida inaudita altera parte, representando uma exceção ao princípio do art. 5º, LV, da Constituição Federal, coisa que torna irrelevante a eventual irregularidade da citação. Portanto, os supostos vícios da convocação do YOUTUBE são apropriados para a ação que tramita em Primeiro Grau e não necessariamente para desfecho do presente agravo, tirado para encontrar o meio de cumprir uma decisão passada em julgado [art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal].



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apesar da ressalva sobre a impertinência de impugnar o Acórdão, cabe uma palavra sobre o direito de Renato e da própria Daniela que, ao contrário do que foi reproduzido pela mídia, continua perseguindo a exclusão do vídeo, conforme ela própria menciona na petição de fl. 662/663. A sentença é muito transparente ao estabelecer um limite para a transgressão do direito de imagem dos jovens que foram flagrados fazendo sexo na praia. É necessário acabar com essa exposição e tudo o que se escreveu sobre uma suposta legalidade de se punir libertinagem, retransmitindo o vídeo ad aeternum e sem cortes, encarna o fútil propósito de uma significativa parcela de opiniões em defesa do sacrifício de valores dos culpados pelos erros de conduta. Não se justifica perpetuar esse castigo moral que está sendo impingido aos autores, porque não é justo ou jurídico manter, indefinidamente, uma parte da vida deles exposta ao público, como se estivessem expiando um pecado digno da execução pública.

O Acórdão atentou para um valor fundamental da dignidade humana [art. 1º, III, da CF], optando pela consagração de um enunciado jurídico que estabeleça um basta contra essa atividade criminosa e que se caracteriza pela retransmissão, contra a vontade das pessoas filmadas clandestinamente, de imagens depreciativas e que humilham os protagonistas, seus conhecidos, os parentes e suas futuras gerações. De todas as manifestações que foram emitidas em jornais e revistas, com o sensacionalismo imprudente dos jejunos do direito, não há uma voz que aponte uma boa razão para que a intimidade do casal permaneça devassada, como foi, até porque são cenas delituosas. A quem interessa isso, perguntei, quando relatei o Acórdão, e não foi dada resposta. Não é, que fique bem claro, preocupação com essa ou outra pessoa, notória ou simples, mas, sim, defesa de uma estrutura da sociedade, na medida em que a invasão de predicamentos íntimos constitui assunto que preocupa a todos, até porque a imprevisibilidade do destino poderá reservar, em algum instante, esses maus momentos para nós mesmos ou pessoas que nos são próximas e caras.

O relator não determinou que fosse bloqueado o site YOUTUBE, tendo isso ocorrido por uma equivocada interpretação do Juízo de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Primeiro Grau, que, traduzindo de forma errada o que constou do despacho, expediu ofícios para que se interditasse o site por completo. O nome desse juiz foi citado, indevidamente, como defensor da censura, o que constitui uma leviandade, porque contraria tudo o já escrevi sobre o assunto [Énio Santarelli Zuliani, Comentários à Lei de Imprensa, RT, coordenação de Luiz Manoel Gomes Júnior, 2007, p. 54]:

"Censura é a restrição indevida da consciência cívica, que, pela sua extraordinária capacidade de interação, verdadeiro espetáculo da evolução humana, é irrestringível. Cancelar o que é ilícito, no entanto, não ofende o valor relevante da liberdade de pensamento e de comunicação; pelo contrário, consagra a sua eficácia".

O YOUTUBE articula-se, para justificar a inserção do vídeo e o acesso irrestrito, com a analogia, pretendendo convencer de que determinadas situações, mesmo que teoricamente ofensivas a direitos da personalidade, ganham licitude quando conhecidas [domínio público das obras literárias]. Uma coisa é esvaziar o direito autoral de um poema ou canção centenária festejada pelo povo como se fosse patrimônio da humanidade; outra, bem diferente, é pretender que o banalizar da vulgaridade conquiste a legalidade. Não. Ainda que testemunhemos a mediocridade e com ela nos resignemos, jamais poderemos admitir que o enfraquecimento dos costumes transforme o ilícito em assunto de rotina dos lares, o que anima escrever que a multiplicidade do replay do filme do casal não imuniza os infratores que teimam em divulgá-lo.

Nesse contexto, é hora de enfrentar o grande dilema do processo: o que fazer diante de um site que se diz impotente no controle dos conteúdos lançados on line para deleite de milhões de pessoas?

O bloqueio do site, como sugerido pelo agravante, fica fora de cogitação. Embora o art. 461, § 5º, do CPC, permita que o juiz escolha, entre as medidas adequadas, uma solução drástica e radical, essa decisão somente será recepcionada pelo sistema no caso de a interdição solucionar uma crise pontual,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sem prejudicar terceiros. O site que permite que o vídeo do casal seja visto hospeda esse e milhares de outros, termina prestando um serviço social de entretenimento porque aproxima o contato quando os filmes servem para encurtar a distância entre as pessoas e, principalmente, revela talentos que não despontariam para a profissão caso não existisse essa forma alternativa de apresentar roteiristas e cineastas amadores. A grande audiência é uma ótima referência para artistas, cantores e bandas; enfim, o YOUTUBE não produz somente banalidades e pornografias.

Apagar o sinal para preservar a imagem do casal não guarda razoabilidade, ainda que possa antever um certo desafio da empresa, que reafirma, em todos os seus pronunciamentos, a impossibilidade técnica de eliminar dos links o vídeo do casal, porque a sua ideologia é o de justamente facilitar o ingresso desses vídeos. Segundo os elementos dos autos, a dificuldade estaria em criar um mecanismo que identificasse todos os vídeos armazenados, porque os usuários burlam qualquer esquema de segurança aplicando diferenciais que sabotam os filtros. Não existe certeza de que é possível impedir, com absoluto sucesso, a retransmissão, até porque, como explicado, a repetição acontecerá por meio de acessos internacionais e que escapam do controle das empresas que atuam no Brasil.

O Tribunal considera que o YOUTUBE está lidando com a sentença de forma parcimoniosa e até desrespeitosa, limitando-se a excluir o vídeo dos links conhecidos ou identificados, quando essa identificação é facilitada pelas denúncias. Não fez prova de ter tentado criar um programa capaz de rastrear o filme do casal, com outros ingredientes, para sua localização, o que implica que está se omitindo ou, no mínimo, agindo passivamente, como se não lhe coubesse alguma responsabilidade pelo impasse que coloca em cheque a eficácia da coisa julgada.

Não é convincente a assertiva de que o provedor de hospedagem é como se fosse um sujeito inalcançável em termos de obrigação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pela ilicitude dos que são admitidos a fazer uso do espaço concedido. A ordem jurídica foi idealizada e aperfeiçoada para se tornar invulnerável contra as ofensas aos direitos das vítimas, tendo o fenômeno da responsabilidade social evoluído para acompanhar o fantástico mundo tecnológico. A Internet desafia os juristas, e a comunidade reclama legislação que fortaleça a defesa das vítimas dos danos injustos, valendo acrescentar que de nada adiantará o Código Civil disciplinar e proteger os direitos da personalidade, em se admitindo que provedores de hospedagem permaneçam imunes ao dever de fiscalizar os abusos que são cometidos diante de seus olhos. Não custa lembrar que a rede de relacionamentos na Internet MYSPACE, controlada pela News Corp, está fornecendo informações aos promotores estaduais de Mississippi sobre as mensagens de usuários condenados por abusos sexuais, para controle das abordagens deles sobre menores [Jornal Valor. 22.5.2007, B-3].

Embora seja duvidosa a responsabilidade do provedor de hospedagem sobre ilicitudes de conteúdo, quando desconhecidas, a responsabilidade é incontroversa quando toma conhecimento da ilicitude e deixa de atuar em prol da restauração do direito violado. Nesse sentido, está a posição de MARCEL LEONARDI [Responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet, SP, Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 178]. Na obra de SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO [A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela Internet, Coimbra, Almedina, 2000, p. 92] foi reportado o julgamento, na Corte de Apelação de Paris, contra um provedor, por permitir que um utilizador anônimo colocasse fotografias digitalizadas de Estelle Hallyday, modelo muito conhecida, em que "ela aparecida total ou parcialmente desnuda, sem autorização da mesma", sendo que, por sentença de 10.2.1999, aquele tribunal condenou o provedor de acesso a pagar uma elevada indenização à autora pelos "danos sofridos pela violação de seus direitos à imagem e à privacidade".

O autor é titular de um direito independente do direito de sua namorada. Ele não é figura pública, tanto que está reclamando de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

constrangimentos em seu ambiente de trabalho. O art. 20, do Código Civil, garante a ele a tutela de que necessita para ter paz, o que não significa, necessariamente, a reparação de danos [art. 5º, V e X, da CF]. Portanto, é legítimo, sem que se reconheça qualquer forma de censura [art. 220, § 1º, da CF], estabelecer que a YOUTUBE deverá providenciar, em trinta dias, todos os vídeos do casal que se encontram nos links admitidos, para, a partir daí, impedir, a partir da identificação do IP [inclusive lan house], o acesso dos usuários que retomarem o vídeo para o site, sob pena de pagar, ao autor, a multa de R\$ 250.000,00, como estabelecido. Não custa lembrar que, para o usuário instalar o vídeo deverá ser identificado, o que facilita a diligência a ser concretizada pelo YOUTUBE para que a sentença seja cumprida.

A questão do vídeo do casal ultrapassou o campo da individualidade e ganhou notoriedade pelo questionamento que se fez da capacidade de o Judiciário resguardar o direito de intimidade e de honra das pessoas, quando há violação pela Internet. Assim, na forma do art. 20, do CC, e porque se confirmou a inviabilidade de o site ser bloqueado na integralidade, caberá ao provedor atuar de forma a cumprir o que se decidiu, por ser o único com vínculo direto com a ilicitude e aquele que lucra com o negócio de risco. O YOUTUBE deverá provar que não se comporta como um negligent controller "assumindo ou endossando passivamente o conteúdo das publicações realizadas pelos usuários nos espaços privados", conforme anota DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO [Responsabilidade por publicações na Internet, Forense, 2005, p. 215]:

"Nos ambientes eletrônicos, em razão do papel intermediário dos controladores de sistema, que tomam parte de uma certa forma nas atividades que neles são desenvolvidas, embora nem sempre exerçam um controle real sobre o conjunto das informações que neles circulam (como acontece em relação à hospedagem de páginas e armazenamento de arquivos), essa participação poderia ser interpretada como implicando um conhecimento presumido do caráter ilícito da informação que se encontra em seu sistema. Por essa razão, o controlador que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tem conhecimento da natureza ilegal da informação tem o dever de tomar as medidas necessárias para preveni-la ou retirá-la do sistema, sob pena de ser responsabilizado. Essa exigência de conduta, no entanto, deve ser interpretada mais como uma obrigação de manter-se diligente, de tomar providências que sejam consideradas próprias para fazer cessar a publicação ilícita, do que o dever de intervir diretamente no conteúdo da página eletrônica hospedada em seu sistema".

Renato poderá, em trinta dias, executar a multa, desde que confirme a permanência dos vídeos, sendo que não há motivo para diminuir o montante da multa. O YOUTUBE é uma empresa de poderio econômico e que fatura alto com o acesso dos usuários, no Brasil e no mundo; portanto, quantia inferior a essa que foi arbitrada não atingiria o objetivo de conscientizá-la de cumprir o que se decidiu. Afinal, consta do Jornal Folha de São Paulo, seção Dinheiro, edição de 21.1.2007, B-11, o seguinte:

"GOOGLE QUER DOMINAR TODA A PUBLICIDADE. Nos últimos 12 meses, o Google se expandiu para o vídeo (com a aquisição do YouTube, por US\$ 1,65 bilhão, para criar um veículo de publicidade em vídeo; áudio (com a aquisição, por até US\$ 1,24 bilhão, da dMarc, uma rede automatizada de venda de publicidade em rádio); e mídia impressa (com um acordo para vender publicidade em 66 jornais americanos. O grupo negocia há meses para fechar acordo com um grande conglomerado de mídia que permita o YOUTUBE se integre à mídia convencional, com a exibição de conteúdo protegido pelos direitos autorais no site em troca de uma participação nas receitas publicitárias que isso possa vir a gerar".

É interessante observar que a mesma cifra foi mencionado na nota do Herald Tribune, de 22 de abril último [<http://www.iht.com/bin/print.php?id=5389504>], no título "When Youtube is a threat", de Eric Pfanner, quando veio a público a seguinte opinião: "Alan Johnson, the British Education Secretary, called on Youtube not to carry videos of students



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

insulting each other or their teachers, apparently an increasingly popular genre of video in Britain. In several countries, individual schools have blocked access to Youtube over similar issues.

Embora tal fato tenha sido colhido da imprensa, não deixa de ser relevante para manter o valor arbitrado diante do poder financeiro do ré, sob pena de a sentença ser descumprida e, a multa, ridicularizada. É inadmissível que o Youtube nada faça e crie, com isso, um clima de insegurança social pela falsa impressão de que tudo é possível ou permitido na Internet, quando, na verdade, devesse pregar uma ideologia oposta. O seu dever é o de limpar o site do material que ofende direitos da personalidade ou pagar a multa por não fazê-lo.

Isso posto, indefere-se o pedido para que se declare prejudicado o agravo e dá-se provimento, em parte, ao agravo, determinando que a YOUTUBE promova, em trinta dias, medidas concretas de exclusão do vídeo do canal, dos links admitidos, advertindo e punindo, com exclusão de acesso de hospedagem, todos os usuários que desafiar a determinação com a reinserção do filme, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 250.000,00."

O ilustre Desembargador Teixeira Leite sugere que os requeridos IG e GLOBO fiquem isentos dos ônus da sucumbência, devido a ter se demonstrado que não desafiam a tutela antecipada e não opuseram resistência que justificasse a responsabilidade por honorários. Concorde-se que a postura dessas duas partes não é igual a do Youtube, que insiste em desafiar a sentença, criando obstáculos com base em dificuldades técnicas, o que fez com que o processo ganhasse a litigiosidade que o identifica como paradigma de uma polêmica de valores [Internet versus intimidade]. No entanto, em todas as suas manifestações, inclusive nas contra-razões, essas empresas defendem a legalidade da exibição e afirmam que os autores não teriam razões, jurídicas e morais, na defesa de predicamentos da personalidade, o que anima concluir que não fosse o poder de coerção estabelecido não existia o que agora se afirma de

APEL Nº 556.090.4/4-00 - SÃO PAULO - 13167



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não resistência. Porém, a intervenção do digno Revisor não é totalmente infundada, porque, diante de situações diversas, caberia lavrar capítulos distintos na distribuição dos ônus. As custas serão pagas proporcionalmente, sendo que os honorários serão arbitrados em cifras variadas.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso, para julgar a ação procedente, acolhido o pedido dos autores, executando-se tal como decidido no agravo de instrumento nº 488.184-4/3, mantido o valor da multa. Ficam invertidos os ônus da sucumbência, respondendo as requeridas pelas custas do processo e honorários de advogados, sendo que em relação ao Youtube são arbitrados em R\$ 20.000,00 para os advogados de RENATO e R\$ 10.000,00 para os advogados de DANIELLA, na forma do artigo 20, § 3º, do CPC, em reconhecimento ao trabalho desenvolvido e a dedicação à causa. A diferença de valores é explicada pelo fato de os advogados de DANIELLA CICALLELLI terem assumido o patrocínio nas vésperas da emissão da r. sentença. Para a IG e a GLOBO os honorários são fixados, para ambos, em R\$ 3.000,00, sendo R\$ 2.000,00 para os advogados de Renato e R\$ 1.000,00 para os advogados de Daniela Cicallelli, com atualização monetária a partir do presente julgamento.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores **TEIXEIRA LEITE** [Presidente] e **FABIO QUADROS**.

São Paulo, 12 de junho de 2008.


ÊNIO SANTARELLI ZULIANI
 Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Apelação nº 556.090.4/4-00

Apelantes: Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniela Cicarelli Lemos

Apelados: Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Por ocasião do julgamento dos agravos de instrumento apresentados pelos apelantes, com o objetivo de fazer cessar a exibição destas mesmas cenas e imagens por parte dos apelados, então acompanhando a conclusão do relator, Desembargador Ênio Zuliani, acolhendo a pretensão contrária a da r. sentença em análise, ponderei o seguinte:

“Não faz muito tempo que a agravante foi protagonista ou, coadjuvante, de uma certa cautela, igualmente de ampla divulgação, porquanto proibiu os convidados à cerimônia de seu casamento, de ingressarem com seus aparelhos de telefone celular, afastando o risco de imagens não consentidas e autorizadas. Portanto, precavendo-se.

Contudo, nesse outro tempo e relacionamento, não agiu com idêntica cautela. É evidente que não haveria como impedir



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

qualquer registro de sua presença em um local público e movimentado, mas, a considerar aquele anterior espírito que foi de preservar sua privacidade, não tenho dúvida que a agravante bem sabia desse risco, mais ainda quando não só reagiu como também agiu nesse afeto que demonstravam, reitere-se, publicamente, daí surgindo algum excesso e, com este, a reclamação a título de violação da sua intimidade pela indevida e injustificada exploração por parte dos agravados dessas imagens, realizadas por um *paparazzi*.

Daí porque, a princípio, a conduta dos agravantes bem se aproxima daquilo que o MM. Juiz Alcides Leopoldo e Silva Junior, anotou como renúncia ao direito a privacidade e intimidade. Aliás, sobre isso, entende-se que significa "*viver de forma independente com um mínimo de ingerência alheia*" (cf. **A pessoa pública e seu direito de imagem**, Ed. Juarez de Oliveira, pág.85).

Portanto, é inegável que o fato em si desperta não só curiosidade, como induz a uma polêmica bem mais acentuada porque associado a pessoas públicas, sabe-se, de trato diverso das outras. Aliás, os próprios agravantes invocam essas virtudes pessoais e isso mostra que toda e qualquer análise desse episódio não pode ser dissociada deste contexto que é de permanente exposição à mídia em geral, ou, de tudo aquilo que é da sua pessoa, do seu cotidiano, ou mesmo da sua atividade profissional.

Nesse sentido :

"Os limites de proteção da honra individual, quanto à divulgação dos fatos pertinentes à vida humana, assentam-se em dois



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

princípios: interesse público e liberdade de expressão. A vida de determinadas pessoas, seja pelo exercício de função pública estatal, seja de atividade ligada ao público (cinema, televisão, imprensa, teatro etc.), tem na publicidade grande fator de sucesso. A expectativa do público em relação a fatos da vida privada dessas pessoas restringe-lhes o âmbito desta esfera, quanto maior for a notoriedade.

*Desta forma, mesmo que na ofensa à honra no campo civil seja indiferente a veracidade ou não do fato considerado lesivo, a permissibilidade de sua divulgação está contida apenas no interesse público justificado e, neste caso, a divulgação deve referir-se a fato verdadeiro. Pode ocorrer que a divulgação de certos fatos verdadeiros corresponda a um interesse social, como os que ocorrem nas relações profissionais. Mesmo que um fato seja tido por desonroso, como nas informações bancárias, a finalidade da informação justifica extravasar a notícia do fato” (Aparecida Amarante, **Responsabilidade civil por dano à honra**, 5ª ed., BH: Del Rey, 2001, p. 118/119).*

E porque “*todo acontecimento desperta invariavelmente, como reação lógica, algum juízo ético na massa em geral e, em cada indivíduo em particular*” (cf. Israel Drapkin Senderey, **Imprensa e Criminalidade**, ed. José Bushatsky, 1983, p. 41/42), cabe, a esse momento que é de expressa oposição pela reiterada exploração dessas imagens, analisar se existe fundamento legal para suspender tal divulgação, ainda que, aparentemente, não se encontre divergência com o MM. Juiz acerca da licitude do que, aonde e como se filmou.

Também e ainda à primeira vista, os argumentos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

utilizados acerca da possibilidade de prejuízos de ordem profissional não convencem para o que, no momento, se pretende. Com efeito, seria suficiente apenas uma notícia escrita ou mesmo uma simples fotografia do episódio, para justificar algum tipo de inconveniência desse proceder com aquilo que antes possa ter interessado em termos de associação da imagem pública dos agravantes com algum tipo de publicidade, aliás, o que já ocorreu, sem a interferência tirada da conduta dos agravados, de um outro tipo dessa exposição.

Dáí porque, a meu ver, a insurgência somente se justifica pela proporção que isso alcançou, apesar de que, a esse momento do processo, não é possível afirmar se em muito superou o que se imaginou ou, apenas, não foi satisfatoriamente avaliada, de resto, tal como poderia ou, no mínimo, deveria ocorrer. Afinal, pelas circunstâncias, à agravante, uma pessoa pública e desse meio da mídia, não é razoável a negativa de que não tenha previsto esse resultado, além do que, ao se constatar que a filmagem não é curta, ao contrário, é sequencial e progressiva, fica evidente que os protagonistas também se descuidaram desse elemento tempo de exposição e, por óbvio, maiores consequências.

Logo e na busca de um limite, transferindo para o exame do mérito da ação eventual separação dos aspectos individuais dos litisconsortes nesse episódio, mesmo porque se o agravante, que não é uma pessoa pública, teve ou poderá ter algum tipo de bônus, conseqüentemente, experimenta o ônus dessa sua opção, resta, para o momento, evitar excessos.

C



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

A propósito, *“uma coisa é a usurpação do nome ou da imagem e outra é que, pela utilização dos mesmos, se exponha a pessoa ao menosprezo ou ridículo”* (cf. Aparecida Amarante, **Responsabilidade civil por dano à honra**, 5ª ed., BH: Del Rey, 2001, pág.127)

Ou, a reiterada e não autorizada divulgação dessa cena até porque não se trata de uma questão de significativo interesse público, jornalístico ou similar. É mera curiosidade, algum sensacionalismo, e, talvez, muita fantasia.

Portanto, a necessidade é colocar um limite e porque os argumentos do Desembargador Ênio Zuliani, relator deste recurso, foram bem colocados e autorizaram essa tutela inibitória para afastar o caráter permanente desse fato e sua exposição ao público em geral, nesse contexto, acompanho Sua Excelência.

Em outras palavras, não se trata de analisar e decidir se os agravados poderiam ou, podendo, não deveriam ter veiculado esse filme na Internet. Apenas e porque isso já ocorreu, não cabe mais fazer. Nesse vértice, *“na proteção da intimidade não se visa ao prejuízo moral ou à indignidade de um ato levado a público, mas, sim, a violação da paz ou da tranquilidade da vida íntima. O ato ilícito, na configuração da lesão à honra, não supõe que o mesmo suceda mediante indiscrição ou intromissão na vida privada. Com isto é fácil concluir, como fez Dotti, que o direito à intimidade não constitui um gênero abrangedor do direito à honra, nem mesmo se sobrepõe a este”* (Aparecida Amarante, **Responsabilidade civil por dano à honra**, 5ª ed., BH: Del Rey, 2001, p. 116).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Contudo, para evitar dúvidas ou equívocos, ousei a uma ressalva que diz respeito a uma questão também técnica, da execução dessa medida e que, no caso, não pode afetar os agravados, inclusive no tocante a multa diária que é arbitrada.

Pela natureza do meio de divulgação, *Internet*, sabe-se que isso pode estar em outros *sites*, inúmeros deles particulares, pelo que não há como obrigar os agravados ao exercício de um verdadeiro direito de seqüela em benefício dos agravantes tão somente pela afirmação de que foram os primeiros a proceder a divulgação que agora se proíbe, e, portanto, em tudo responsáveis.

Aliás, se nesse campo de comunicação não se atingiu um estado estacionário de ciência e tecnologia, é óbvio que maior deve ser a cautela para se evitar qualquer tipo de indesejada exposição ou de violação de privacidade, e, nessa prudência, não há dúvida que deve ser considerada a oscilação existente entre as pessoas, especialmente pelas suas relações com o mundo exterior. ”

Pois bem. Mantidas todas essas observações, com destaque maior para a ausência de ilícito do fato inicial, que foi a divulgação de um episódio público, envolvendo uma pessoa pública, e apenas por isso, já com a inafastável certeza da possibilidade dessa repercussão, aceitei ser necessário colocar termo a uma reiterada exploração daquele episódio, uma vez manifestada tal oposição por parte de seus protagonistas, o que, antes, e de outro modo, não havia ocorrido.

C

Declaração de voto – Apelação cível nº 556.090-4/4-00

6



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Nesse quadro, o ajuizamento dessa ação, exclusivamente de caráter inibitório, em 19 de setembro de 2006 com o específico pedido para que os apelados deixassem de exibir cenas, o filme e disponibilizar *links* com essa referência, o que se concedeu em 25/09 daquele ano.

Sucede que, após essa intimação, bem como a citação dos apelados, e resolvida a questão do descumprimento da ordem apenas por parte do Youtube Inc. que já respondera a ação, também vieram aos autos as contestações da Globo (fls. 599) e IG (fls. 608), nesse caso, com a informação de atendimento daquela anterior determinação, antes mesmo dessa oportunidade de resposta. Aliás, tira-se da réplica do apelante Renato (fls. 1472, item 83) essa específica situação para a apelada Globo, pois, “... *de fato, no momento da propositura da ação a violação aos direitos à imagem dos autos estavam sendo perpetrados por meio do site...*”.

Com isso, pelo limite da ação e sem qualquer informação violação da antecipação da tutela também por parte da IG, surge a necessidade de se analisar, de modo diferente, a responsabilidade processual dessas empresas frente a solução proposta pelo e. relator e que determina um rateio, em todos os sentidos, das verbas de sucumbência surgidas pela modificação do resultado da demanda.

A propósito, é remansoso o entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a “*imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteado pelo princípio da causalidade, segundo o qual*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes" (REsp 824702 / RS, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 13.12.07).

O IG e a Rede Globo foram alguns dos meios de comunicação que divulgaram as imagens não autorizadas pelos apelantes, mas, até então, e como se acolhe dos argumentos acima apresentados, não praticavam ilícito algum, porquanto não havia decisão judicial no sentido de proibir tal conduta. Agiam no exercício regular se sua atividade jornalística e tão logo intimados da decisão que entendeu haver excesso nesse proceder, cessaram.

Portanto, e sem notícia de que tenham sido prévia e extrajudicialmente instados pelos apelantes a essa conduta, não se pode dizer que deram causa à demanda ou que apresentaram resistência à pretensão dos apelantes. Como é legítimo, discutiram, mas aceitaram o caráter satisfativo da tutela inibitória. Assim, razoável a menor responsabilidade processual.

Situação similar já foi enfrentada pelo i. Ministro Aldir Passarinho Júnior:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. I. O entendimento desta Corte é no sentido de que, apresentada prontamente pela parte ré a documentação pleiteada e não comprovada a recusa anterior, descabe a condenação desta nos ônus sucumbenciais, pela aplicação do princípio da causalidade (REsp n.453.790-RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 04.08.2003; REsp n.




PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

533.866-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 31.05.2004” (AgRg no REsp 861457 / DF, 4ª T., j. 5.6.07).

Outro julgado pertinente, em interpretação *a contrario sensu*: “*In casu*”, apesar de a embargante, não ter providenciado o registro do contrato de promessa de compra e venda do imóvel objeto da posterior constrição, deve suportar o embargado o ônus pelo pagamento da verba honorária, vez que, ao opor resistência a pretensão meritória deduzida na inicial, atraiu a aplicação do princípio da *sucumbência*” (REsp 805415 / RS, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 18.3.08).

São Paulo, 12 de junho de 2008.


CARLOS TEIXEIRA LEITE FILHO

Desembargador

ANEXO II

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 595.600 - SC (2003/0177033-2)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: *Maria Aparecida de Almeida Padilha*, ora recorrente, ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra *Zero Hora Editora Jornalística S.A.*, ora recorrida, tendo em vista a publicação desautorizada da autora em **topless**, fotografada em praia pública, em momento de lazer.

O MM. Juízo de primeiro grau julgou improcedente a demanda, assentando que a ré "exerceu sua liberdade de imprensa que tem amparo constitucional, sem ferir as garantias da autora, que, por sua vez, exerceu sua liberdade pessoal, consciente ou inconscientemente, produzindo notícia, pela prática de **top less**, em público." (fl. 129).

Irresignada, a autora interpôs apelação para o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, por maioria, deu-lhe provimento, deferindo indenização no importe de 100 salários mínimos, asseverando:

"O direito a própria imagem, como direito personalíssimo, goza de proteção constitucional, sendo absoluto e, pois, oponível a todos os integrantes da sociedade, para os quais cria um dever jurídico de abstenção. A publicação de imagem de alguém fotografado impescinde, sempre, de autorização do fotografado. Inexistente essa autorização, a veiculação da imagem materializa violação ao direito do respectivo titular, ainda que inexistente qualquer ultraje à moral e aos bons costumes. A ocorrência do dano, em tal hipótese, é presumida, resultando tão somente da vulneração do direito à imagem." (fl. 151).

Os embargos infringentes opostos pela demandada, por sua vez, foram acolhidos em v. acórdão assim ementado:

"DIREITO À IMAGEM. IMPRENSA. TOPLESS. FOTOGRAFIA OBTIDA EM LOCAL PÚBLICO. DIVULGAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

A partir do momento que uma jovem, por sua vontade livre e consciente, desnuda os seios em local público, expõe-se ela à apreciação das pessoas que ali se fazem presentes, de tal sorte que se jornal de circulação estadual e tido como idôneo lhe fotografa, apenas registra um fato que ocorreu numa praia, ampliando a divulgação de uma imagem que se fez aberta aos olhos do público." (fl. 194).

Superior Tribunal de Justiça

Dai o recurso especial interposto pela demandante com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, por alegada violação do art. 159 do Código Civil de 1916 e divergência jurisprudencial.

Respondido, o apelo foi admitido na origem, ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 595.600 - SC (2003/0177033-2)

EMENTA

DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO.

Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem.

Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.

Recurso especial não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): A recorrente, que *"não é atriz, nem modelo amador ou profissional, nem é pessoa famosa ou que sobreviva da comercialização de sua imagem."* (fl. 127), sustenta a ocorrência de danos morais em virtude da publicação em jornal de circulação estadual de sua imagem em **topless**, fotografada em local público.

Refutando a existência de ofensa moral, assentou o v. acórdão recorrido:

"Honra é o sentimento de dignidade própria que leva o indivíduo a procurar merecer a consideração geral. Se não há fato lesivo à honra, tampouco, não existe o dever de indenizar."

A imagem das pessoas constitui uma forma do direito à intimidade. Quem quer preservar sua honra e sua intimidade não expõe os seios para deleite da multidão. Se a embargada resolveu mostrar sua intimidade às pessoas deve ter maturidade suficiente para suportar as consequências de seus atos e não atribuir à imprensa a responsabilidade pelo ocorrido."

É importante salientar que a praia estava cheia e era feriado. A fotografia não foi obtida de recinto ou propriedade particular, ou de ambiente exclusivamente privado. Mas muito pelo contrário, o fotógrafo simplesmente registrou o que estava à mostra para todos os presentes na Praia Mole, naquele momento."

A embargada, mostrando-se da forma que estava, em pé, não estava em condições de ignorar que se tornaria objeto de atenções e aceitou implicitamente a curiosidade geral."

Da mesma forma que tinha direito, diante da liberdade que lhe é assegurada, de praticar topless, o fotógrafo usou da liberdade para fazer seu trabalho e registrou esta cena, e, no dia posterior, o jornal veiculou esta fotografia, exercendo seu direito de liberdade de imprensa."

Superior Tribunal de Justiça

O jornal não fez uso irregular da fotografia, nem fez chamada sensacionalista. Como ficou registrado, não houve nenhum destaque e o nome da autora sequer foi referido na reportagem que a fotografia ilustra.

(...)

A honra da embargada, é importante salientar, não foi violada de maneira alguma. Poderia, em tese, admitir-se o pleito aqui deduzido em hipótese outra, por exemplo, na foto de uma moça, em uma praia, no momento em que acabava de recuperar-se de uma onda, totalmente desprevenida e que se encontrava com a peça superior de sua roupa de banho fora do lugar. Nesse caso, sim, absolutamente, inidônea e oportunista a atitude do jornal.

Mas a partir do momento em que a embargada não teve objeção alguma de que pessoas pudessem observar sua intimidade, não pode ela, vir à Justiça alegar que sua honra foi violada pelo fato de o Diário Catarinense ter publicado uma foto obtida naquele momento numa praia lotada e em pleno feriado." (fls.195-6).

Desse modo, o deslinde da controvérsia, como se desprende, reclama a conciliação de dois valores sagrados das sociedades culturalmente avançadas, quais sejam o da liberdade de informação (no seu sentido mais genérico, aí incluindo-se a divulgação da imagem) e o da proteção à intimidade, em que o resguardo da própria imagem está subsumido.

É certo que "em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não." (Segunda Seção, EREsp 230.268/SP, relatado pelo eminente Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, DJ 04.08.2003).

Todavia, a proteção à intimidade não pode ser exaltada a ponto de conferir imunidade contra toda e qualquer veiculação de imagem de uma pessoa, constituindo uma redoma protetora só superada pelo expreso consentimento, mas encontra limites de acordo com as circunstâncias e peculiaridades em que ocorrida a captação.

Esta Turma, em situação que aproveita à espécie, decidiu:

"CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. REPRODUÇÃO INDEVIDA. LEI N. 5.988/73 (ART. 49, I, "F"). DEVER DE INDENIZAR. CÓDIGO CIVIL (ART. 159).

A imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, e a emanção da própria pessoa, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam.

A sua reprodução, consequentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso,

Superior Tribunal de Justiça

surge com a sua própria utilização indevida.

É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem; todavia, não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de se consentir que o direito a própria imagem seja postergado, pois a sua exposição deve condicionar-se a existência de evidente interesse jornalístico que, por sua vez, tem como referencial o interesse público, a ser satisfeito, de receber informações, isso quando a imagem divulgada não tiver sido captada em cenário público ou espontaneamente.

Recurso conhecido e provido." (REsp 58.101/SP, por mim relatado, DJ 09.03.1998).

Na espécie, a recorrida divulgou fotografia, sem chamada sensacionalista, de imagem da recorrente praticando **topless** "numa praia lotada em pleno feriado" (fl. 196).

Isto é, a própria recorrente optou por revelar sua intimidade, ao expor o peito desnudo em local público de grande movimento, inexistindo qualquer conteúdo pernicioso na veiculação, que se limitou a registrar sobriamente o evento sem sequer citar o nome da autora.

Assim, se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.

Portanto, *in casu*, não há qualquer ofensa moral.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

ANEXO III

S



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



01327571

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRADO DE INSTRUMENTO nº 491.953-4/0-00, da Comarca de JAGUARIUNA/PEDREIRA, em que é agravante NORBERTO DE OLIVERIO JUNIOR sendo agravado AMADEU ZONILINI JUNIOR:

ACORDAM, em Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente, sem voto), ISABELA GAMA DE MAGALHÃES e MAGNO ARAUJO.

São Paulo, 14 de junho de 2007.

SEBASTIÃO CARLOS GARCIA
Relator

como com a rescisão do contrato que exercia junto à empresa Grimaldi Ind. De Equipamentos para Transporte Ltda, o réu-agravado, na qualidade de seu ex-assessor, passou a valer-se do direito de livre manifestação do pensamento e da informação de forma abusiva, ferindo sua honra e imagem, com publicações em jornais regionais e com distribuição de panfletos, com severas críticas à sua vida e sua honra.

Sempre sem qualquer incursão sobre o mérito, somente compatível quando da prolação da sentença na ação principal, não se vislumbra, presentemente, os pressupostos legais para a concessão da tutela inibitória. Pois, o fim colimado pelo agravante, a bem de ver-se, consiste na vedação ou obstacularização de eventual, futura e incerta veiculação, em periódicos do Município ou da Região em que o agravante exerceu o cargo de Prefeito, de matéria que venha a ofender sua honra e boa fama.

Sem embargo, tal pretensão, a par de fluida, não é passível de quantificação fático-jurídica, porquanto, por um lado, não se sabe e não se pode precisar se o agravado agirá, no futuro, nesse sentido, ou seja, publicando matéria jornalística naqueles moldes alegados: e, por outro, se referida e possível matéria jornalística ou panfletária, terá conteúdo ofensivo ou desmoralizante da pessoa do agravante.

Neste passo, irrecusável que o pedido liminar objetivado pelo agravante, ressoante-se da verossimilhança para a concessão da tutela pretendida. Pois, não há como ser medida a valoração de uma manifestação de vontade, repita-se ainda uma vez, futura e eventual, a bem dizer, incerta.



Voto nº 6453 – A.I. nº 491.953-4/0 – Pedrora

Por ora, somente é possível reconhecer a ausência dos pressupostos básicos e fundamentais para a concessão da tutela inibitória, não se vislumbrando, como referido, concreta e irretorquivelmente seus pressupostos legais.

Isto posto, nega-se provimento ao agravo, nos termos e pelos fundamentos constantes do presente voto condutor do acórdão.



Sebastião Carlos Garcia

Relator

Por ora, somente é possível reconhecer a ausência dos pressupostos básicos e fundamentais para a concessão da tutela inibitória, não se vislumbrando, como referido, concreta e irretorquivelmente seus pressupostos legais.

Isto posto, nega-se provimento ao agravo, nos termos e pelos fundamentos constantes do presente voto condutor do acórdão.



Sebastião Carlos Garcia

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRADO DE INSTRUMENTO nº 470.128-4/2-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é agravante EDITORA ABRIL S/A sendo agravado JOSÉ GENOÍNO NETO:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TEIXEIRA LEITE e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 07 de dezembro de 2006.

ENIO ZULIANI
Presidente e Relator

ANEXO IV



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 10658

AGRV.Nº: 470.128-4/2

COMARCA: SÃO PAULO

Relator Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (4ª Câmara Direito Privado)

AGTE. : EDITORA ABRIL S/A

AGDO. : JOSÉ GENOÍNO NETO

Lei de Imprensa – Tutela inibitória ou interdita pleiteada por candidato à Deputado Federal, com o propósito de extrair do *site* de revista eletrônica, trechos de conversas telefônicas interceptadas pela Polícia, com autorização judicial, nas quais seu nome é mencionado como sendo o preferido dos membros do PCC, conhecida facção criminosa – Inadmissibilidade, sob pena de constituir censura ao direito de informação – Interpretação dos arts. 461, do CPC e 220, caput e § 1º, da CF Provimento.

Vistos.

EDITORA ABRIL S.A interpôs agravo da r. decisão que, atendendo pedido de JOSÉ GENOÍNO NETO, em ação promovida pela reportagem da Revista Veja, de 16.9.2006, que deferiu tutela antecipada para extrair do *site* em que a editora mantém página eletrônica, textos em que o nome de José Genoíno foi referido em suposto diálogo obtido em escuta telefônica de membros do PCC [Primeiro Comando da Capital], facção criminosa que atua a partir de líderes reclusos nos presídios paulistas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Observa-se que a Revista Veja obteve as fitas de gravação de ligações rastreadas pela Polícia e está divulgando o conteúdo das conversas interceptadas, informando que basta acessar www.veja.com.br [fl. 55]. O autor da ação considera absurda a referência ao seu nome em um dos supostos diálogos e afirma que a reportagem supervalorizou o fato com o objetivo de persuadir os leitores e seus eleitores de que ele teria algum vínculo com o PCC, tanto que destacou uma frase "é pra eleger o genóio". Para o autor da ação estaria caracterizado o abuso e que consistiria na deturpação de um fato para denegrir a imagem política de um candidato.

O ilustre Desembargador MAIA DA CUNHA concedeu efeito ativo e o agravo foi respondido.

É o relatório.

É permitido, nos termos do art. 12, do Código Civil, proibir divulgação de textos jornalísticos que ofendam direitos fundamentais da pessoa, como a honra, a reputação, o nome e outros valores da personalidade. A doutrina pede que se aja com cautela nesse contexto, para que o Judiciário não se transforme em órgão de censura [CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, Atlas, 2001, p. 113]. O art. 1071 bis do Código Civil da Argentina é bem claro quanto a ordem de abstenção, seguida de indenização, o que seria, na opinião de EDUARDO ZANNONI, apropriado para interromper campanhas difamatórias [El daño en la responsabilidad civil, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 368].

A liberdade de imprensa, afirmou com muita propriedade THOMAS COOLEY, significa a "liberdade de exprimir e publicar aquilo que ao cidadão lhe pareça agradável, ficando ele garantido contra a censura legal" [Princípios gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, tradução de Alcides Cruz, 2ª edição, RT, 1982, p. 317]. Será permitido ocultar da sociedade os fatos apurados pela imprensa e que dizem respeito à



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

segurança pública? Essa indagação é oportuna, no intróito do voto, por estar em pauta o propósito de se excluir o nome do autor do conteúdo da conversa gravada a ser publicada. Peço licença para transcrever parte de trecho de obra doutrinária que escrevi e que, em breve, será lançada pela editora Revista dos Tribunais, sobre o art. 7º, da Lei 5250/67

"Em palestra proferida no Seminário da Sociedade Interamericana de Prensa, realizado em São Paulo, no mês de agosto de 2003, o Juiz da Vara Federal para o Estado de Maryland, PETER J. MESSITTE, afirmou, que nos Estados Unidos, não se admite que um jornalista cometa crime para a obtenção de notícias, contudo, em estando envolvido em invasão de privacidade, responderá pelos danos que causa no juízo cível, acrescentando¹ "No ano de 1962, a Suprema Corte decidiu o caso New York Times vs. Sullivan, com base na Primeira Emenda Constitucional, e, imediatamente, se tornou obrigatória a todas as demais cortes federais ou estaduais. O tribunal decidiu que, quando está envolvida uma figura pública, a mídia não será responsável por danos civis, mesmo por publicação de informações falsas, desde que a informação não tenha sido veiculada com o conhecimento de sua falsidade, ou com grosseiro desconhecimento da verdade. É o conhecido padrão do actual malice, i.e., efetiva má-fé. Por um princípio constitucional, não há responsabilidade civil se a mídia foi simplesmente negligente nas informações que publicou sobre figuras públicas"

O sistema jurídico brasileiro não é diverso. Haverá sempre a supremacia do direito de informação, desde que a divulgação seja do interesse da preservação da estrutura do poder democrático. Contudo, surgiu recentemente uma questão relacionada com o resguardo do sigilo da fonte e que diz respeito ao que se costuma denominar de prova ilícita ou ilegalmente obtida, matéria de direito processual e que está sendo mesclada para regular a atividade jornalística. Não que o profissional da mídia deva atuar como o juiz que resolve uma lide, porque essa função é específica da jurisdição oficial [artigo 5º, XXXV, da CF] e da arbitragem [Lei 9307/1996]. Porém, existe uma polêmica instaurada a partir do conceito de prova ilícita não admitida para os processos em geral [artigo 5º, LVI, da CF, 332 do CPC e 32 da Lei 9099/95] envolvendo o direito de informar, se é possível publicar um fato denunciado por meio de uma escuta telefônica [grampo] não autorizada pela Justiça.

¹ Tribunais e jornalistas nos Estados Unidos da América: perguntas frequentes, in Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 4, número 2, p. 213.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A doutrina esclarece que a gravação de conversa entre duas ou mais pessoas denomina-se "escuta ambiental", que poderá ser clandestina ou consentida. Chama-se "escuta telefônica" quando o diálogo telefônico é gravado por um dos interlocutores, com ou sem conhecimento do outro. Interceptação, ambiental ou telefônica, sena quando um terceiro grava a comunicação alheia. A interceptação sena sempre ilícita, as gravações não, o que autoriza a sua admissibilidade, em tese, no sistema das provas admitidas²

Partindo da certeza de que o jornalista é resguardado com o sigilo de fonte de informação, o que o impede de construir uma fonte ilícita para denunciar um fato? Afinal, se não é obrigado a esclarecer nada, tudo lhe é permitido produzir sob o manto protetor constitucional, inclusive a conversa captada por sofisticados aparelhos de escuta e gravação [interceptação e gravação]. O Judiciário poderá agir para impedir a publicação de matéria, na forma do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal?

Um conflito dessa ordem chegou ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conforme relatou, com riqueza de detalhes, o eminente Juiz Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, ao comentar o que ocorreu no processo 2001.001.045.638/8, da 21ª Vara Cível, envolvendo o então Governador do Estado³. Reclamou o Governador que a TV Globo pretendia divulgar, no Jornal Nacional, o teor de uma conversa telefônica que foi captada sub-repticiamente, que poderia sugerir a prática de corrupção, o que era negado. Obteve êxito: a notícia não foi ao ar, devido à emissão de liminar que proibiu a transmissão, mantida no TJ-RJ, com base na doutrina dos "frutos da árvore venenosa". A empresa O Globo aforou medida cautelar, no STF, pleiteando autorização para publicação imediata da matéria cuja divulgação foi suspensa e não obteve a liminar [Petição 2702, decisão do Pleno referendando decisão do Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.09.2003].

Segundo a doutrina dos "frutos da árvore venenosa", que foi aplicada pelo STF ["prova ilícita e contaminação de provas derivadas – fruits of the poisonous tree", in R.T.J. 180/1002], quando uma árvore se mantém de pé, apesar de suas raízes venenosas, os frutos que produz terminam contaminados, não servindo para coisa alguma na comunidade, a não ser lesar ou prejudicar quem com eles conectar. Assim, transportando essa máxima para o campo do processo, quando uma prova é obtida de forma ilícita, a sentença que nela se apoiar estará, automaticamente, contagiada pela ilicitude e não se sustentará no plano da eficácia. Isso também ocorreria com o

² LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, Provas ilícitas, p. 156

³ Liberdade de informação e o direito de acesso à informação verdadeira, p. 166



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

jornalista que obtivesse, de forma ilícita, uma notícia, a informação que se divulgasse por esse meio estaria viciada, tal como a sentença envenenada pela escuta clandestina

Há, na Constituição Federal, regra declarando a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, "salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" [artigo 5º, XII]. A Lei 9296/1996, que disciplina a forma com que o Judiciário autORIZA a interceptação telefônica, caracterizou como crime a prática desautorizada da intervenção na esfera da privacidade alheia [artigo 11]

Não se pode ignorar que a radical vedação do uso da prova obtida de maneira ilegal constrange o espírito bem intencionado de se realizar justiça efetiva. Como negar valor probante a uma fita magnética que gravou, sem truques, uma confissão autêntica, notadamente quando se confirma a prática de um crime? O preclaro BARBOSA MOREIRA declarou-se estupefato com a eventual preponderância de direito de intimidade de um chefe do narcotráfico, sentenciando: "Devemos confessar de resto, com absoluta franqueza, a enorme dificuldade que sentimos em adentrar a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor universal) em dar combate eficiente à praga do tráfico – combate-se que, diga-se de passagem, é também um valor constitucional, conforme ressalta da inclusão do "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", entre os "crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia" (art. 5º, n. XLIII)"

O consenso sobre essa matéria processual não está perto de ser alcançado. Recentemente o TJ-SP admitiu eficácia de "gravação ambiental" como prova cabal da improbidade na ação que cassou o mandato de vereador o qual exigia dinheiro para alterar lei de funcionamento de casa noturna [Ap. 195.674-5/2, j. 18.12.2002, Des. Paulo Travain, in RT 815/242]. Sena um retrocesso para o princípio da moralidade pública desprezar o conteúdo da gravação da conversa que envergonha a classe política. Importante sublinhar que o conteúdo deste julgado compatibiliza-se com doutrina de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que, ao comentar aplicação, pelo STF, da teoria "dos frutos da árvore contaminada", afirmou: "Essa extremada radicalização compromete de morte o acesso à justiça e constitui grave ressalva à promessa constitucional de tutela jurisdicional a quem tiver razão (Const., art. 5º, inc. XXXV)"⁵

⁴ A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, in: Temas de Direito Processual (sexta série), p. 123

⁵ Instituições de Direito Processual Civil, III, p. 51, § 783



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Para orientar o caminho a seguir, diante dessa controvérsia, cumpre destacar uma proposição do ilustre Professor de Direito Constitucional LUIS ROBERTO BARROSO⁶

"Licitude do meio empregado na obtenção da informação O conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter sido obtido por meios admitidos pelo direito. A Constituição, da mesma forma que veda a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime. Se a fonte da notícia fez, e g., uma interceptação telefônica clandestina, invadiu domicílio, violou o segredo de justiça de um processo de família ou obteve uma informação mediante tortura ou grave ameaça, sua divulgação não será legítima. Note-se ainda que a circunstância de a informação estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos torna-a a pública e, portanto, presume-se que a divulgação desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos envolvidos"

Não obstante respeitabilíssima a orientação supra transcrita, é preciso ponderar, caso a caso, a oportunidade de o Judiciário intervir para bloquear reportagens investigativas necessárias e úteis para o conhecimento do público

Evidente que, em caso de ter ocorrido violação da intimidade, que é invulnerável por integrar direito da personalidade [art. 21, do CC], o interessado poderá impedir a divulgação usando das medidas cautelares [arts. 798 e 804, do CPC] e ou da tutela antecipada [art. 273, do CPC], que são instrumentos legítimos para resolver conflitos emergenciais. Não há, portanto, interesse público preponderante em desvendar segredos de alcova ou coisas do gênero

Dificuldade existe, no entanto, com procedimentos similares utilizados para preservar honra, reputação e outros atributos de pessoas públicas envolvidas em escândalos ou situações de improbidade. devido a existir, do outro lado, interesse social relevante, qual seja, o de comunicar à sociedade fatos comprometedores da ética e da malversação de receitas públicas, embora descobertos por intermédio de escutas telefônicas clandestinas. Em assuntos correlatos a esses, manter mistério funciona como cumplicidade, um contraste com princípios democráticos fundamentais e coletivos, sabidamente preponderantes quando confrontados com expectativas de particulares

⁶ Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucional Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa, in Revista de Direito Privado, n. 18, p. 132, abril-junho de 2004.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Recomendável, diante do risco, que a autoridade judiciária, a qual competir julgar matena de tal, não se deixe impressionar pela afirmada preponderância do direito individual daquele que postula a proibição de a imprensa divulgar fatos, porque a interdição de atividade soa como inadmissível e intolerável para o exercício da cidadania produtiva. A Constituição Federal não admite restrições à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e a informação, "sob qualquer forma", garante o artigo 220. Não se interpreta a legalidade de uma publicação do jornal ou de um programa de televisão com o rigor científico de um processo judicial, porque, no processo, decide-se, com primazia, o valor da pessoa humana diante de uma pretensão social [crime que penaliza a liberdade] ou de conflitos privados [civil]. No direito da comunicação, no entanto, não se coloca o direito do indivíduo em confronto com uma figura ou entidade personificada, mas, sim, como sujeito de massa homogênea destinatária da notícia que ser publicar. A mesma solidariedade que assegura harmonia grupal e alguns privilégios, exige, como moeda de troca, cumprimento de deveres, sendo que todos aqueles que se aventuram ao exercício de funções administrativas estão obrigados a prestar contas sociais, principalmente quando a imprensa, como porta-voz da população, o exigir. O valor ético do jornalista não é igual ao do Juiz, o profissional da mídia valoriza o interesse público sem preocupação com o direito individual e, normalmente, atua certo de que a figura pública não possui reserva fora de seu lar, quem não suporta o calor não deve entrar na cozinha, é um dos lemas que se observa quando se está diante de um furo jornalístico. A proibição da divulgação depõe contra a política afirmativa da liberdade de imprensa.

Inadmissível que, a pretexto de salvaguardar "honra" de agente público flagrado recebendo propina, se proíba o jornal ou a TV de publicar o fato para que o povo tome conhecimento e julgue, com seus critérios enigmáticos⁷, a falcatura denunciada. O senhor absoluto da conveniência de se dar publicidade a certa matéria será sempre do conselho editorial da empresa da área de comunicação, ao qual compete valorar a verossimilhança da denúncia antes de lançá-la ao ar. Ao Judiciário se permite, desde que sua intervenção não modifique o conteúdo do quadro a ser publicado ou transmitido, conceder um espaço para que o interessado exponha, junto com a denúncia que o compromete, a sua versão sobre a ocorrência, como se estivesse concedendo uma réplica de uso proporcional. Nada mais do que isso.

⁷ O sentido do enigmático está associado a cultura da memória curta do eleitorado que, por vezes, não se peja de reeleger políticos cassados ou envolvidos em denúncias de improbidade.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Transcrevo parágrafo conclusivo da persuasiva exposição de GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO⁸ "A utilização da lógica processual da vedação da prova ilícita no processo, bem como da teoria dos frutos da árvore proibida, não podem ser transpostos para a lógica da informação, que tem objetivos pressupostos e funções constitucionais bem distintas. O Estado, por regra, não pode se utilizar de prova ilícita na prestação jurisdicional, mas a sociedade, que não impõe sanção formal de direitos, precisa conhecer os fatos de interesse público para poder portar-se, situar-se no contexto de uma organização plural e democrática que lhe exige opções políticas" "

Reafirma-se o disposto em passagens anteriores desses comentários, prorroga-se, sempre, o direito à informação, ainda que sacrificando atributos da pessoa exposta no escândalo que se torna público, porque a ela a ordem jurídica reserva meios de, no período *post scriptum*, obter a reparação por eventuais lesões patrimoniais e danos morais [arts. 1º e 49, da Lei 5250/67, 5º, V e X, da CF e 186, do CC, de 2002]. Portanto, para que o próprio Estado, como bem comum, não se fragmente para servir apenas os propósitos mesquinhos de grupos parasitários, o canal de transparência pela comunicação deve ser aberto para que os acontecimentos coletivos fluam sem barreiras, salvo, evidentemente, situações de fraude, como montagens de fitas magnéticas, fotos, filmagens e outros mecanismos que a imprensa prudente não utiliza. Não se ousou cogitar desses mecanismos.

A gravação ambiental autorizada pelo Judiciário não é ilícita. A interceptação telefônica não autorizada, embora ilícita e inservível para um processo justo, é uma fonte da qual a imprensa poderá se valer para denunciar a corrupção e atos de improbidades de agentes públicos, respondendo pelos excessos que derivarem de sua má utilização. O Judiciário não é censor prévio do exercício dessa atividade, atua para reparar as consequências de excesso, dolo ou má-fé da utilização de fontes clandestinas. Limites restritivos impediriam reformas sociais que são conquistadas devido à publicidade de esquemas.

⁸ Liberdade de informação e o direito difuso a informação verdadeira, p. 179



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sigilosos que são indignos de uma sociedade democrática. A causa-fim do direito de comunicação prepondera para justificativa dos meios empregados.

O autor, José Genoíno, não poderia pretender que a Revista Veja se abstivesse de publicar o conteúdo da conversa que foi interceptada pela Polícia, em escuta telefônica obtida com autorização judicial, ainda que a matéria sugestione o interesse do PCC, ou de alguns de seus membros, pela sua eleição à Câmara dos Deputados. A imprensa, nesse caso, não está sendo acusada de publicar parte da investigação, como se estivesse mal intencionada em prejudicar uma ou outra candidatura específica, tendo se limitado a dar publicidade a um fato policial, o que é permitido pela interpretação em sentido *lato* do art. 27, da Lei 5250/67.

Assim, para que pudesse se justificar a tutela inibitória do art. 461, do CPC, ou a antecipada do art. 273, do CPC, seria preciso prova cabal de estar a empresa manipulando dados para dar ensejo a uma campanha difamatória contra o candidato. Esse elemento subjetivo [dolo ou culpa] que é indispensável para caracterizar o abuso que se permite sancionar no exercício da imprensa, não está presente, embora caiba ao autor da ação produzir prova, como lhe faculta o art. 333, I, do CPC.

Desse modo, a intervenção judicial, sem provas pré-constituídas de desvio da deontologia do bem servir que consagra o trabalho da imprensa, representaria, nesse contexto, algo mais próximo da censura do que propriamente controle de abuso. Prudente, pois, revogar o que se decidiu, para que não se arranhe o disposto no art. 220 e parágrafo único, da Constituição Federal.

Não custa enfatizar que não se está adiantando juízo sobre o ato ilícito ou o abuso, que constitui pressuposto do direito de indenizar, nos termos dos arts. 49, da Lei 5250/67, 186, do CC e 5º, V e X, da Constituição Federal, porque essa questão está reservada para a sentença definitiva. Todavia, não há,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ainda, prova que convença de ser caso de emissão de tutela inibitória ou interdita, porque não se permite afirmar que está ocorrendo dano injusto ou de efeito continuado, tanto que o agravado obteve vitória nas urnas, elegendo-se Deputado Federal

Nega-se provimento

ÊNIO SANTARELLI ZUCIANI
 Relator

ANEXO V



APELAÇÃO CÍVEL nº 2009.001.60508
APELANTE 1 : JOSÉ REYNALDO FERNANDES DE ALMEIDA
APELANTE 2 : EDITORA JB S/A
APELADO 1: OS MESMOS
APELADO 2: JORNAL DO BRASIL S/A
RELATOR : DES. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES

RELATÓRIO

Trata-se de ação pelo procedimento comum ordinário por meio da qual o autor, ora primeiro apelante, requer a condenação das rés ao pagamento de indenização a título de dano moral.

Alega o demandante que teve sua imagem vinculada à matéria jornalística publicada em 21 de fevereiro de 2006, a qual noticiava a operação realizada pela Polícia Federal no shopping InfoBarra ("Operação Clone") que levou à prisão de dois comerciantes de materiais de informática acusados de receptação e revenda de mercadorias compradas com cartões clonados.

Aduz que a ré agiu de forma maliciosa ao associar sua imagem aos crimes narrados na reportagem por ter o fotógrafo (preposto das rés) se servido de dois homens parecidos e da mesma faixa etária dos irmãos presos quando da realização da operação em questão.

Acrescenta que a publicação de uma reportagem acompanhada da foto de uma pessoa faz subentender que esta tem relação com os fatos narrados no texto.

A sentença de fls. 190/195 julgou parcialmente procedente o pedido para condenar as rés a pagar solidariamente o montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por dano moral, com incidência de correção monetária a partir da publicação da decisão, e juros de 1% ao mês, desde a citação.





Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara Cível

Outrossim, condenou as rés nas despesas processuais e honorários advocatícios que fixou em 10% do valor da condenação.

Inconformado, recorre o autor com as razões de fls. 197/200, através das quais pleiteia a reforma da sentença a fim de que seja majorado o valor da indenização arbitrado a título de dano moral.

Também inconformada recorre a segunda ré, com as razões de fls. 202/211, através das quais pugna pela reforma integral da decisão de piso ou, alternativamente, pela redução do valor arbitrado a título de dano moral.

Contrarrazões da primeira ré, ora segunda apelada, às fls. 239/244. O autor e a segunda ré não apresentaram contrarrazões.

É o relatório. À douta revisão.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 2009.

HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES
Relator





Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara Civil

APELAÇÃO CÍVEL nº 2009.001.60508
APELANTE 1 : JOSÉ REYNALDO FERNANDES DE ALMEIDA
APELANTE 2 : EDITORA JB S/A
APELADO 1: OS MESMOS
APELADO 2: JORNAL DO BRASIL S/A
RELATOR : DES. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À HONRA E À IMAGEM E DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE NÃO SE CARACTERIZAM COMO ABSOLUTOS, DEVENDO SER OBJETO DE PONDERAÇÃO NO CASO CONCRETO. 1) Direito à imagem, bem personalíssimo que individualiza a pessoa no meio social em que vive, alvo de proteção constitucional e legal (art. 20 do Código Civil), assim também como a liberdade de informação, a qual goza de proteção constitucional. 2) Necessidade de ponderação dos direitos fundamentais em conflito. 3) Obrigação de indenizar que se configura apenas no caso de violação à honra e imagem do indivíduo. 4) *In casu*, a despeito de a imagem do autor estar estampada na fotografia utilizada para ilustrar a aludida reportagem, as rés não vincularam seu retrato ao conteúdo da matéria jornalística, conforme se pode ver do teor desta. 5) Fotografia em local público, em frente à





Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara Cível

entrada do shopping onde ocorreria a operação policial. Ofensa à honra/imagem do autor não caracterizada. 6) Rés que se conduziram dentro dos limites do direito de informar. 7) Segundo recurso ao qual se dá provimento para julgar improcedente o pedido. Recurso do autor que visava à majoração do valor arbitrado a título de dano moral, o qual se declara prejudicado.

ACÓRDÃO

ACORDAM os desembargadores que integram a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por maioria, em dar provimento à segunda apelação e, por unanimidade, em declarar prejudicada a primeira, nos termos do voto do relator.

A discussão gira em torno da utilização pelas rés da imagem do autor em contexto indesejável, o que ensejaria o dever de indenizar o dano moral por este sofrido.

Para fins de melhor desenvolver o raciocínio a ser empregado na análise dos recursos interpostos pelas partes, examinar-se-á, em primeiro lugar, o segundo recurso, interposto pela segunda ré.

DO SEGUNDO APELO

Assiste razão à segunda recorrente em seu inconformismo.

Inicialmente, não há que se falar em nulidade da sentença por violação do art. 5º, inciso LV da CRFB.

Registre-se que cabe ao juiz, como diretor do processo, decidir sobre a necessidade da produção de provas,



1 Importa ressaltar, sobre esse aspecto, que o presente voto condutor do acórdão, cingindo-se à questão do cabimento da concessão liminar da providência inibitória pleiteada, sempre com base numa análise perfunctória da questão fático-jurídica, não pode desbordar para o tema de fundo, objeto da ação principal; vale dizer, a efetiva apreciação de eventual desbordamento da conduta do agravado para o campo do excesso ou abuso de seu direito de livre manifestação do pensamento (que não é ilimitado – C.F., artigo 5º, X).

Nesse ponto, sempre considerada a questão em princípio, demais não será referir do manifesto confronto entre dois direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal; vale dizer, a liberdade de expressão e de pensamento, de um lado; e, de outro, o resguardo da privacidade e da honra subjetiva e objetiva do cidadão.

No limite do necessário, em sede de fundamentação desse agravo, é de se ressaltar que nenhum desses direitos pode prevalecer sobre o outro, como efetivamente não prevalecem nem se confrontam quando corretamente exercidos e resguardados.

Assim, no concernente ao direito à liberdade de pensamento e de expressão, em conjunto com a liberdade de imprensa, o seu limite de garantia está no uso desse mesmo direito, sem que, a pretexto algum, possa ser, ainda que obliquamente, transmutado em abuso.

No caso em tela, porém, somente na hipótese de, eventualmente veiculada, por qualquer meio, matéria ofensiva ao agravante, é que se poderá aquilatar eventualmente o uso do direito pelo seu abuso irrito ao bom direito.

Voto nº 6453 – A.I. nº 491.953-4/0 – Pedreira





Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara Civil

conforme se extrai do art. 130 do Código de Processo Civil, pois toda prova a ele é dirigida. Incumbe, então, a este, sua avaliação e deferimento.

De acordo com Celso Agrícola Barbi: *"Na sua missão de bem dirigir o processo, deve o juiz zelar para que ele não se encareça com diligências inúteis, as quais, além de aumentar os gastos, ocupam sem razão mais tempo e atividades do magistrado e dos auxiliares do processo, pessoal esse geralmente sobrecarregado de trabalhos. O princípio da economia processual aconselha o indeferimento de pedidos de diligências com essa característica"*.

Sobre o assunto, veja-se o seguinte julgado do STJ:

AgRg no Resp **417830**- DF AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2002/0019750-3. Ministro LUIZ FUX. Primeira Turma. Dt. de julgamento 17/12/2002. AGRADO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. AUSÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. 1. O julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória. (Precedentes) 2. O art. 131, do CPC consagra o princípio da persuasão racional, valendo-se o magistrado do seu livre convencimento, que utiliza-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto, rejeitando diligências que alongam o julgamento desnecessariamente. Trata-se de remédio processual que conspira a favor do princípio da celeridade do processo. 3. A multa atacadida incidente sobre o débito fiscal tem amparo no Decreto 3.522/76 do Distrito Federal (Regulamento do Imposto Sobre Serviços), e a sua aplicação restringe-se aos casos de sonegação por qualquer forma. Trata-se de Lei Distrital que explicitou o Código Tributário do Distrito Federal, instituído pelo Decreto-lei nº 82, de 26 de dezembro de 1966, e que manteve resguardado o princípio da verticalidade das normas. 4. Embora o Código Tributário do Distrito Federal tenha sofrido inúmeras alterações, o dispositivo atinente à multa por sonegação fiscal permaneceu incólume. 5. Malgrado tenha-se demonstrado a legitimidade da multa imposta ao agravante, impende considerar que descabe recurso especial para discutir validade de lei local. 6. Agrado regimental desprovido. (sublinhei)

Ainda que assim não fosse, insta salientar, como bem observado pela própria segunda ré, ora recorrente, que a prova oral em comento fora requerida pelo autor, não tendo este se insurgido contra o capítulo da sentença que entendeu pela desnecessidade de sua produção.





Acrescente-se ainda que, quando da publicação do despacho de fls. 183, o qual oportunizou às partes pugnares pela produção das provas, o ora segundo recorrente quedou-se inerte.

Assim, não se sustenta a pretensão da ora apelante no sentido de se prolongar a fase probatória.

No pertinente ao mérito, de fato, o direito à imagem, bem personalíssimo que individualiza a pessoa no meio social em que vive, recebeu tutela expressa no artigo 20 do Código Civil, o qual dispõe, em apertada síntese, que a utilização inadequada da imagem de uma pessoa poderá acarretar o dever de indenizar se dita exibição lhe atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

Também a Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso X, garante a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Todavia, a Carta Magna também invoca a liberdade de informação dos veículos de comunicação, a qual está garantida pelos artigos 5º, IX e 220, §§ 1º e 2º.

Dito isto, evidencia-se que estes dois princípios constitucionais se confrontam e devem ser conciliados. Constitui tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre eles quando da análise do caso concreto, tendo em vista que, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma.

Neste diapasão, a melhor doutrina indica-nos o princípio da proporcionalidade como meio mais adequado para solucionar eventuais conflitos entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, sendo certo que, embora não se possa atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio ou direito, no processo de ponderação, o direito de noticiar deve ceder sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas.

Assim, sopesados tais interesses, surge a obrigação de indenizar quando, descumprindo-se o dever de bem informar, viola-se o direito à honra e à imagem dos indivíduos.





No caso em comento, não se pode falar em violação à honra e à imagem do autor quando do exercício do direito de informação pela ré, ora segunda apelante.

Na verdade, a reportagem publicada no jornal do dia 21 de fevereiro do ano de 2006 descreve a "Operação Clone", relatando não apenas a prisão dos comerciantes gêmeos no shopping InfoBarra, mas também outras prisões levadas a efeito em contextos distintos.

Nesta esteira, a despeito da imagem do autor estar estampada na fotografia utilizada para ilustrar a aludida reportagem, a ora apelante não vinculou, em momento algum, nem mesmo de forma indireta, o retrato do demandante ao conteúdo da matéria jornalística ou à prisão dos irmãos gêmeos Rodrigo e Rafael de Paula Monteiro Nunes.

De fato, pretendeu a recorrente dar ênfase à entrada do shopping, local onde foi realizada a suprarreferida operação, o que se confirma através da leitura do conteúdo da reportagem.

Não se vislumbra, portanto, ofensa à imagem do autor, nem intenção deliberada da ré em macular sua honra, eis que esta se conduziu dentro dos limites do dever de informar, conforme se verifica do teor da matéria jornalística em comento.

Entender de forma contrária seria estabelecer uma proteção exagerada em torno da imagem de uma pessoa, no caso o autor, devendo-se atentar para o fato de que este foi fotografado em local público, em frente à entrada do shopping onde ocorrera a operação policial.

Por oportuno, importante colacionar julgado do STJ no sentido aqui esposado:

AgRg no Ag 735529 / RS
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
2006/0006787-5 Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS
- TERCEIRA TURMA 28/11/2006

DIREITO À IMAGEM. UTILIZAÇÃO COM FINS ECONÔMICOS SEM
AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO.
RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NO STJ.
SÚMULA 7.





Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara Cível

litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses, o que não é o caso. Assim, o provimento do recurso interposto pela segunda ré, ora segunda apelante, com o consequente reconhecimento da improcedência do pedido exordial, se estende ao réu não recorrente.

Outrossim, diante do que acima se expôs, deve o autor, ora primeiro apelante, arcar com o pagamento das custas judiciais e da taxa judiciária, bem assim dos honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), valor este que deverá ser rateado pelos advogados dos réus.

Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 2010.

HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES
Relator



- 9 -